

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KAYNAKÇA	IV
KISALTMALAR.....	XX
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	3
İCRA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI.....	3
İCRA SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ	3
§ 1. İCRA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI	3
A. GENEL OLARAK	3
B. TANIMI	7
C. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN EKONOMİK TEMELLERİ	8
§ 2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI.....	12
A. HUKUK DÜZENİNDE İCRA HUKUKUNUN YERİ.....	12
B. İCRA HUKUKUNUN AMACI.....	16
C. İCRA HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER	18
I. Cebri İcra Tekeli.....	18
II. Ölçülülük İlkesi.....	22
III. Tasarruf İlkesi-Resen Harekete Geçme İlkesi	27
IV. Dürüstlük İlkesi	30
V. Uygunluk İlkesi.....	33
D. İCRA HUKUKUNDAKİ İLİŞKİLER	34
I. Alacaklı ve Devlet İlişkisi	35
II. Borçlu ve Devlet İlişkisi.....	37
III. Borçlu ve Alacaklı İlişkisi	38
E. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ.....	40
F. MADDİ HUKUKTA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	41
G. İCRA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI	43
I. İCRA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	43
1- Geniş Sözleşme Özgürlüğünü Savunan Görüş.....	43
a) Görüş.....	43
b) Eleştirisi	44
2- Sözleşme Özgürlüğünü Dar Kapsamda Kabul Eden Görüş	45
a) Görüş.....	45
b) Eleştirisi	47
3. İcra Hakkı-İcra Yetkisi Ayrımına Göre Sözleşme Özgürlüğünü Belirleyen Görüş.....	49
a) Görüş.....	49
b) Eleştirisi	53
4- Görüşümüz	56

II. İCRA SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI	
59	
1. Emredici Normlar	61
a) Kamu Düzeni Bakımından Sınırlandırma	62
b) Koruyucu Hükümler Bakımından Sınırlandırma	66
2. Amaç ve İlkeler Bakımından Sınırlandırma	71
§ 3. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	72
A. HUKUKİ NİTELİK BELİRLEMENİN GEREKSİZ OLDUĞU GÖRÜŞÜ	72
I. Görüş	72
II. Eleştirisi.....	72
B. MADDİ HUKUK GÖRÜŞÜ.....	75
I. Görüş	75
II. Eleştirisi.....	77
C. SÖZLEŞMELERİN ETKİLERİNİ DOĞURDUĞU ALANI ÖLÇÜ ALAN GÖRÜŞ	78
D. GÖRÜŞÜMÜZ.....	80
İKİNCİ BÖLÜM.....	82
İCRA SÖZLEŞMELERİNİN TÜRLERİ	82
§ 4. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YER ALAN SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	82
§ 5. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞMELER.....	91
A. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞME KAVRAMI	91
B. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ	92
C. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ	93
I. Haczi Caiz Olan Mala Sözleşmeyle Hacedilmezlik Vasfının Verilmesi.....	93
II. Haczin Bazı Mallarla Sınırlandırılması.....	94
§ 6. İCRAYI ENGELLEYEN (BERTARAF EDEN) SÖZLEŞMELER.....	95
A. İCRAYI ENGELLEYEN (BERTARAF EDEN) SÖZLEŞME KAVRAMI.....	95
B. İCRAYI ENGELLEYEN (BERTARAF EDEN) SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ	98
C. İCRAYI ENGELLEYEN SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ	100
I. Hacizden Önce Taksitle Ödeme Sözleşmesi	100
II. Hacizden Sonra Taksitle Ödeme Sözleşmesi.....	104
III. Mehil Sözleşmesi	106
§ 7. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞMELER.....	107
A. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞME KAVRAMI	107
B. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU.....	107
I. İcrayı Genişleten Sözleşmelerin Geçerliliğini Reddeden Görüş	107
II. İcrayı Genişleten Sözleşmelerin Geçerliliğini Kabul Eden Görüş.....	109
III. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	111
C. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ.....	114
I. Yetki Sözleşmesi	114
II. Hacedilmezlikten Feragat.....	119
III. Sürelere İlişkin Sözleşme Yasağı ve İstisnası.....	126
IV. Satışın Yapılacağı Yer ve Zamana İlişkin Sözleşme.....	128
V. İcra ve İflâs Kanunu m.45'in Değerlendirilmesi	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	139
İCRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU ŞEKLİ İLERİ SÜRÜLMESİ VE DİĞER ÖZELLİKLERİ	139
§ 8. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU VE ŞEKLİ	139
A. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU	139
B. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ	142
§ 9. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE ETKİLERİ	147
A. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ	147
I. İtiraz Yoluna Gidilmesi Gerektiği Görüşü	148
1. Görüş	148
2. Görüşün Eleştirisi	150
II. Şikayet Yoluna Gidilmesi Gerektiği Görüşü	151
1. Görüş	151
2. Görüşün Eleştirisi	153
III. Diğer Görüşler	154
IV. Görüşümüz.....	156
B. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN ETKİLERİ	169
C. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN TAAHHÜT VEYA TASARRUF ETKİLİ SÖZLEŞME OLMASI.....	170
I. Sözleşmenin Taahhüt veya Tasarruf Etkili Olmasının Anlamı.....	170
II. Taahhüt veya Tasarruf Etkisinin İcra Sözleşmeleri Bakımından Anlamı.....	171
§ 10. GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN İCRA SÖZLEŞMELERİ 173	
A. GENEL OLARAK.....	173
B. GENEL İŞLEM ŞARTLARI İÇİNDE YER ALAN İCRA HUKUKUNA İLİŞKİN KAYITLAR.....	175
§ 11. İCRA SÖZLEŞMELERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI	185
A. HUKUKİ SONUÇLAR.....	185
B. CEZAİ SONUÇLAR.....	191
SONUÇ	198
ZUSAMMMENFASSUNG	201

KAYNAKÇA*

- Akıllıoğlu, Tekin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 4 Nolu Protokol 1.Maddeye Göre “Borç için Hapis Yasağı” Kuralı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa m.38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Ankara 1 Aralık 2001, s.3-12..
- Akipek, Jale G./ Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna
- Akıntürk, Turgut Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, İstanbul 2002.
- Alangoya, H.Yavuz/ Medenî Usul Hukuku Esasları, Yıldırım, M.Kâmil/ İstanbul 2004.
- Deren-Yıldırım, Nevhis
- Alangoya, Yavuz Anayasanın Medeni Usul Hukukuna Etkisi, MHB 1981/2, s.1-4, (Kısaltma: Etki).
- Altaş, Hüseyin Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998.
- Altuğ, Yılmaz Âmme İntizamı ve Tesirleri, AÜSBFD Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan 1972/3, s.371-385.
- Altuğ, Yılmaz / Milletler Arası Özel Hukukta Kamu Düzeni,
- Yasan, Mustafa Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s.139-150.
- Amonn, Kurt/ Grundriss des Schuldbetreibungs- Gasser, Dominik und Konkursrechts, Bern 1997.

* Kaynakçada kısaltma verilmeyen eserler, yazarın soyadı ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yollama yapılması halinde, yapılan kısaltma ayrıca belirtilmiştir.

- Arar, Kemal İcra ve İflas Hükümleri C:I, Ankara 1944.
- Arslan, Ramazan İcra-İflas Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984.
- Arslan, Ramazan Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, (Kısaltma: Dürüstlük Kuralı).
- Arslan, Ramazan Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, (Kısaltma: Yargılamanın Yenilenmesi).
- Arslan, Ramazan İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler, ABD 1989/1, s.136-157, (Kısaltma: Değişiklikler).
- Atalay, Esra Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.437-454.
- Atamer, Yeşim M. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001.
- Aytemiz, Abdullah Takip Hukuku ile Alakalı Temyiz Karar ve İçtihatları, Ankara 1944.
- Baş, Gazi İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi (İ.İ.K.nun 50.Md), AD 1987/6, s.32-36.
- Başpınar, Veysel Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Behr, Johannes Grundlagen des Zwangsvollstreckungsrechts, Köln 1998, s.122
- Belgesay, Mustafa Reşit İcra ve İflas Kanunu Şerhi C:I, İstanbul 1954.
- Berki, Osman Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, İzBD 1945/8-9, s.9-19.

- Berkin, Necmeddin M. Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Berkin, Necmeddin M. İcra Memurlarının İş Görmekten Memnuiyeti, İÜHFM 1971/1-4, s.289-300, (Kısaltma: İcra Memurları).
- Bittmann, Folker Treu und Glauben in der Zwangsvollstreckung, ZZP 1984/1, s.32-46.
- Blomeyer, Arwed Zivilprozessrecht Vollstreckungsverfahren, Berlin-Heidelberg-New York 1975.
- Blumenstein, Ernst Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911.
- Bohn, Karlheinz Vollstreckungsausschliessende Verträge, Diss., Frankfurt 1955 (Kısaltma:Diss.).
- Bohn, Karlheinz, Die Zulaessigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses, ZZP 1956/1, s.20-27.
- Brox, Hans/ Walker, Wolf-D. Zwangsvollstreckungsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1996.
- Brunner, Georg Das neue Zivilprozessrecht der DDR, NJW 1977/5, s.177-182.
- Burckhardt, Walther Der Vertrag im Privatrecht und im Öffentlichen Recht, Bern, (tarih yok).
- Bülow, Oskar Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 1881/64, s.1-109.
- Bürck, Harald Erinnerung oder Klage bei Nichtbeachtung von Vollstreckungsvereinbarungen durch die Vollstreckungsorgane?, ZZP 1972/4, s. 391-407.
- Deren-Yıldırım, Nevhis İcra Hukukunda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler, İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2004.

- Edis, Seyfullah Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri Ankara 1997.
- Emmerich, Volker Zulaessigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsverträge, ZZP 1969/6, s. 413-437.
- Eren, Fikret Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2003.
- Erman, Eyüp Sabri Bono Poliçe ve Çekler Hakkında Hususi Takip Usulleri, AD 1967/6, s.386-426.
- Erman, Hasan Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFM, C:XXXVIII/1-4, s.601-619.
- Eryılmaz, Ahmet Öncelikle Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir? (İİK 45/I C.1), İBD 1984/10-12, s.648-655).
- Favre, Antoine Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956, (Almancaya çeviren: E.Steiner).
- Feyzioğlu, Metin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması – Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa m.38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Ankara 1 Aralık 2001, s.15-35.
- Fischer, Otto Über Wachs Handbuch des Civilprozesses, ZZP 1887/10, s.406-437.
- Fritzsche, Hans/ Walder-Bohner, H. Ulrich Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht Band I, Zürich 1984.

- Futterer, Schmidt Der Verzicht auf Vollstreckungsschutz in Raemungssachen, MDR 1960/4, s.267-268.
- Gaul, Friedhelm Zulaessigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschraenkung –BGH, NJW 1968 700-, JuS 1971/7, s.347-349 (Kısaltma: Zulaessigkeit).
- Gaul, Hans Friedhelm Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi, [Kısaltma: Hukukun Esasları (İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2004, Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım)].
- Geissler, Markus Das System des vollstreckungsinternen Rechtsschutzes, JuS 1986/4, s.280-284.
- Gorbon, Ahmet Refik İcra ve İflas Kanununda Müddetler ve Neticeleri, İBD 1942/5, s.257-269.
- Grunsky, Wolfgang Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, Tübingen 1987.
- Guisan, François Alacağın Rehinle Temin Edilmiş Olmasının Takip Tarzına Tesirleri, Batider 1964/3, s.451-472, (Çev: Burhan Gürdoğan)
- Güral, Jale Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953.
- Güral, Muzaffer Rehnin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Satış, İBD 1963/1-4, s.26-30).
- Gürdoğan, Burhan İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970.
- Gürdoğan, Burhan Türk-İsviçre İcra ve İflas Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, (Kısaltma: RPÇ).
- Gürdoğan, Burhan İcra ve İflas Kanunu'nun 45 inci Maddesiyle İlgili Bir Yargıtay Kararı

- Üzerine, ABD 1967/1, s.11-14, (Kısaltma: İİK m.45).
- Hatemi, Hüseyin Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.
- Hellwig, Hans-Jürgen Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, Bonn 1968.
- Henckel, Wolfram Prozessrecht und Materielles Recht, Göttingen 1970.
- Hochgraefe, Oskar Vollstreckungsvertraege, Diss., Breslau 1938.
- Jaeger, Carl/
Ulrich Walder, Hans/
Kull, Thomas M./
Kottmann, Martinn
Jauernig, Othmar Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Band:I, Zürich 1997.
- Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999.
- Kaplan, İbrahim Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER 1991/2, s.51-86.
- Karşlı, Abdurrahim Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.
- Karşlı, Abdurrahim İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, (Kısaltma:İTM).
- Keip, Dieter Umfang und Grenzen eines sozialen Schuldnerschutzzes in der Zwangsvollstreckung Hamburg 2000.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- Kleybolte Gerichtsvollzieher-Staatsorgan oder Vertreter des Gläubigers, NJW 1954/40, s.1469-1472.

Konuralp, Haluk	Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukuku C:I, İstanbul 1990.
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukuku C:II, İstanbul 1990, (Kısaltma: İcra C:II).
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukuku C:III, İstanbul 1993, (Kısaltma: İcra C:III).
Kuru, Baki	İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, (Kısaltma: El Kitabı).
Kuru, Baki	Hukuk Muhakemeleri Usulü C:I, İstanbul 2001, (Kısaltma: Usul).
Kuru, Baki	Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFĐ 1962/1-4, s.277-326 (Kısaltma: Haciz).
Kuru, Baki	Ödeme Emri (İİK. m.60-61) AD 1961/1-2, s.30-46, (Kısaltma: Ödeme Emri).
Kuru, Baki	İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağani 1968, s.725-765, (Kısaltma: İnkâr).
Kuru, Baki	İcra ve İflas Hukukunda Müddetler (Süreler), Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağani, Ankara 1972, s.621-638, (Kısaltma: Müddetler).
Kuru, Baki	Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı, AD., 1961/7-8, s.676-694, (Kısaltma: İtiraz).
Kuru, Baki	İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (Yetki İtirazı), İBD 1986/4-6, s.424-432, (Kısaltma: Yetki İtirazı).
Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz, Ejder	İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004.

- Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder
Kuru, Baki/
Arslan, Ramazan/
Yılmaz, Ejder
Lackmann, Rolf
Leipold, Dieter
Lüke, Gerhardt
Lüke, Wolfgang
Marotzke, Wolfgang
Martin, Alfred
Mette, Michael
Mohrbutter, Jürgen/
Mohrbutter, Harro
Musielak, Hans-Joachim
- Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı Ankara
2004,
(Kısaltma: Usul).
En Son Değişikliklere Göre Notlu-
Gerekçeli İcra ve İflas Kanunu ile
Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara
2004, (Kısaltma: İİK).
Zwangsvollstreckungsrecht, München
2002.
Strukturfragen des einstweiligen
Rechtsschutzes, ZZP 1977/3, s.258-271.
Die Entwicklung der öffentlichrechtlichen
Theorie der Zwangsvollstreckung in
Deutschland Festschrift für Hideo
Nakamura zum 70.Geburtstag, Tokyo 1996,
s.390-405.
Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren,
Zwangsvollstreckung, München 1999.
Öffentlichrechtliche Verwertungsmacht
und Grundgesetz, NJW 1978/4, s.133-137.
Rehlin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip,
İÜHFİM 1957/1-4, s.329-338 (Çev.:
Necmeddin Berkin).
Zur Problematik von Vollstreckungs-
erweiternden, -beschränkenden und –
ausschlies-senden Vereinbarungen, Diss.,
Passau 1991.
Handbuch des gesamten Vollstreckungs-
und Insolvenzrechts, Köln-Berlin-Bonn-
München 1974.
Grundkurs ZPO München 2000.

- Muşul, Timuçin
Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflas Hukuku I, İstanbul 2001.
- Münchener Kommentar
Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band:2, München 2000.
- Noack, Wilhelm
Allgemeine Grundsätze des Schuldnerschutzes nach § 811 ZPO, Hinweise für seine Anwendung in der Praxis des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1969/8-9, s.113-119.
- Ochs, Gerd
Auf welchen Zeitpunkt ist bei der Entscheidung über die Unpfaendbarkeit gemas § 811 ZPO NJW 1959/5, s.180-181.
- Oğuzman, M. Kemal/
Eşya Hukuku, İstanbul 1992.
- Seliçi, Özer
Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995.
- Oğuzman, Kemal/
Öz, Turgut
Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Önder, Ayhan
Özekes, Muhammet
İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özkan, Meral Sungurtekin
İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi, Prof. Dr. Turan Tûfan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.177-203.
- Özsunay, Ergun
Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986.
- Öztan, Bilge
Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2004.
- Pekcanitez, Hakan
İcra-İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- Pekcanitez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekes, Muhammet
İcra ve İflas Hukuku, Ankara 2004.

- Pekcanıtez, Hakan/
Atalay, Oğuz /
Özkan, Meral Sungurtekin/
Özekes, Muhammet
Pekcanıtez, Hakan/
Atalay, Oğuz/
Özekes, Muhammet
Peters, Egbert
Postacıoğlu, İlhan E.
Postacıoğlu, İlhan E.
Postacıoğlu, İlhan E.
Postacıoğlu, İlhan E.
Raatz, Johann Georg
Rehbinder, Manfred
Rimmelspacher, Bruno
İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004
Medeni Usul Hukuku, Ankara 2004,
(Kısaltma: Usul).
Bespreehung der von Scherf,
Vollstreckungs-vertraege, Köln 1971, AcP
1972/172, s.561-564.
İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982.
Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul
1975, (Kısaltma: Usul).
İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü
Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya
Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi –
Bir Kanun Tasarısı Denemesi-, Prof. Dr.
Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan,
Ankara 1990, s.533-546, (Kısaltma:
İpotek).
İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler
ve Bazı İhtilafı Noktalar, Batider 1978/4,
s.951-970, (Kısaltma: İnkâr).
Vollstreckungsvertraege, Diss., Halle-
Wittenberg 1935.
Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin
Korunması-Genel İşlem Şartları
Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni
Alman Yasası Üstüne, İÜHFM C:XLII/1-4,
s.641-653, (çev. Ömer Teoman).
Buchbesprechung, der von Othmar
Jauernig Zwangsvollstreckungs- und

- Konkursrecht, München 1983, ZZP 1984/3, s.355-360.
- Rinck, Ursula
Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, Diss., Frankfurt am Main, Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1996
- Roquette
Vollstreckungsvertraege, ZZP 1925/49 s.160-176.
- Rosenberg, Leo/ Eberhard,
Gaul, Hans Friedhelm/
Schilken, Eberhardt
Rosenberg/
Schwab/
Gottwald
Scherf, Dieter
Zwangsvollstreckungsrecht, München 1987.
- Zivilprozessrecht, München 2004.
- Vollstreckungsvertraege, Köln-Berlin-Bonn-München 1971.
- Schiedermaier, Gerhard
Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935.
- Schilken, Eberhard
Schneider, Harald
Anmerkung zu BGH, JR 1992/7, s.281-283.
Formstrenge und Wertung in der Vollstreckungstaetigkeit des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1986/9, s.130-137.
- Schlosser, Peter
İcra Hukukunda Öncelik Prensibi ve Anayasadaki Eşitlik İlkesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi 1989/1-3, s.135-146, (Çev.: Nevhis Deren-Yıldırım).
- Schönke, Adolf/
Baur, Fritz
Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht, Karlsruhe 1969.

Schönke, Adolf/ Baur, Fritz/ Stürner, Rolf	Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Band I Einzelvollstreckungsrecht Heidelberg 1995
Schug, Christel	Zur Dogmatik des vollstreckungs- rechtlichen Vertrages, Diss., Bonn 1969.
Schuschke, Winfried	Vollstreckungsrecht, Köln 1987.
Sirmen, Lale	Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995.
Sirmen, Lale	Alacak Rehni, Ankara 1990, (Kısaltma: Rehin).
Spühler, Karl/ B. Pfister, Susanne	Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I, Zürich 1999.
Stein, Friedrich	Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913.
Stürner, Rolf	Prenzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZP 1986/3 Band: 99, s.291-332.
Stürner, Rolf	Grundlinien der Entwicklung des deutschen Vollstreckungsrechts, DGVZ 1985/1-2, s.6-12 (Kısaltma: Grundlinien).
Tandoğan, Halûk	Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961.
Tanrıver, Süha	İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996.
Tanrıver, Süha	Konkordato Komiseri, Ankara 1993, (Kısaltma: Konkordato)
Tanrıver, Süha	Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s.565- 578, (Kısaltma: Kamu Düzeni).
Tanrıver, Süha	Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, SBFD 1994/1-6, s.333-348, (Kısaltma: Sulh).

Tanrıver, Süha	Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD 2004/53, s.191-215, (Kısaltma: Adil Yargılanma).
Taşpınar, Sema	Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
Taşpınar, Sema	Borçlunun Bazı Mallarının Hacedilememesi ve Nedenleri (Hacedilmezlik ve Nedenleri), (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 1994, (Kısaltma: Hacedilmezlik).
Toroslu, Nevzat	Ceza Hukuku, Ankara 1998.
von Tuhr, Andreas	Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C:1-2, Ankara 1983, (Çev.:Cevat Edege).
Tüzel, Sadık	Hukuku Medeniyede İntizamı Amme Mefhumu, AC, 1938/29, s.1824-1857.
Tüzel, Sadık	Hukuku Medeniyede İntizamı Amme Mefhumu II, AC 1938/29, s.1987-2012, (Kısaltma: İntizamı Amme II).
Umar, Bilge	İcra ve İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973.
Uyar, Talih	İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Manisa 1992.
Uyar, Talih	Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu C:I, İzmir, 1996 (Kısaltma: İİK C:I).
Uyar, Talih	Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu C:II, İzmir, 1996 (Kısaltma: İİK C:II).
Uyar, Talih	İcra Hukukunda Şikayet, Manisa 1991, (Kısaltma: Şikayet).

- Uyar, Talih İlamırsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi Belirleyen Kurallar, ABD 1981/4, s.672-683, (Kısaltma: Yetki).
- Uyar, Talih İcra Tutanakları, TNBHD 1980/27, s.30-33, (Kısaltma: Tutanak).
- Uyar, Talih İcra Hukukunda İstihkak Davaları, İzmir 1994, s.774, (Kısaltma: İstihkak).
- Üstündağ, Saim İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000.
- Üstündağ, Saim Medeni Yargılama Hukuku C:I-II, İstanbul 1997, (Kısaltma: Yargılama).
- Üstündağ, Saim İlamırsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz, İBD 1986/10-12, s.613-627, (Kısaltma: Yetki İtirazı)
- Üstündağ, Saim Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, İÜHFM 1962/1-4, s.310-339 (Kısaltma: Salâhiyet).
- Wagner, Gerhard Prozessvertraege Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998.
- Wieser, Eberhard Begriff und Grenzfaelle der Zwangsvollstreckung, Köln-Berlin-Bonn-München 1995.
- Wieser, Eberhard Der Grundsatz der Verhaeltnismaessigkeit in der Zwangsvollstreckung, ZZP Band: 98, 1985/1, s.50-86 (Kısaltma: Verhaeltnismaessigkeit).
- Wieser, Eberhard Der Grundsatz der Geeignetheit in der Zwangsvollstreckung, ZZP 1985/4, s.427-442 (Kısaltma: Geeignetheit).
- Wieser, Eberhard Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungs-glaubiger, NJW 1988/11, s.665-672 (Kısaltma: Dispositionsbefugnis).
- Yıldırım, M. Kâmil İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul 2002.

- Yıldırım, M. Kamil İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, HAD 1989/Ocak-Aralık, s.98-115, (Kısaltma: Ölçülülük).
- Yılmaz, Ejder İflas İdaresi, Ankara 1976.
- Yılmaz, Ejder İcra ve İflas Kanunumuz Yine Değişti (Değişikliklere İlişkin Bazı Düşünceler), ABD 1989/1, s.105-135, (Kısaltma: Değişiklikler).
- Yılmaz, Ejder Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C:II, Ankara 2001 (Kısaltma: Geçici Tedbirler).
- Yılmaz, Ejder “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi”ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflas Suçları, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.493-502, (Kısaltma: İcra-İflas Suçları).
- Yılmaz, Ejder Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu’nda ve İcra ve İflas Kanunu’nda Ortaya Çıkan Gelişmeler, TBBD 1998/3, s.871-886, (Kısaltma: Gelişmeler).
- Yılmaz, Ejder Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002 (Kısaltma: Sözlük).
- Yılmaz, Ejder Demokratik Alman Cumhuriyeti Medeni Yargılama ve Takip Hukukunun Anahatları, AÜHFD, 1980/1-4, s.327-420 (Kısaltma: Anahatlar).
- Zeiss, Walter Vollstreckungsautomat oder Entscheidungsträger? –Ein Beitrag zum Beurteilungsspielraum des Gerichtsvollziehers-, DGVZ 1987/10, s.145151.

Zöllner, Wolfgang

Materielles Recht und Prozessrecht AcP
1990/190, s.471-495.

KISALTMALAR

ABD	Ankara Barosu Dergisi
AC	Adliye Ceridesi
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AD	Adalet Dergisi
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschaefts-bedingungen
Aşa.	Aşağıda
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
b.	bent
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	bakınız
C	Cilt
CD	Ceza Dairesi
Çev.	Çeviren
CGK	Ceza Genel Kurulu
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
Diss.	Dissertation
dn.	dipnot
HAD	Hukuk Araştırmaları Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İİK	İcra ve İflas Kanunu
İKİD	İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi

İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
JR	Juristische Rundschau
Jus	Juristische Schulung
f.	fıkra
m.	madde ¹
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
MHB	Milletlerarası Hukuk Bülteni
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
s.	sayfa
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TMK	Türk Medeni Kanunu
vd.	ve devamı
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	Yukarıda
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

¹ Metinde yer alan sadece (m.) kısaltması İcra ve İflâs Kanunu maddelerini gösterir. Başka bir kanun maddesinden söz edilecekse, o kanun ayrıca belirtilecektir.

GİRİŞ

Cebri icra hukuku, borçların kendiliğinden ödenmemesi durumunda, alacaklının cebri icra organlarına başvurması üzerine devreye giren ve gerektiğinde borçluya karşı zor kullanmayı da içeren bir hukuk dalıdır. Tez konumuz olan icra sözleşmeleri ise, cebri icra organlarının yürüttüğü bu süreci etkileyen sözleşmelerdir. İcra sözleşmeleri vasıtasıyla taraflar, icra takibinin o “sert”, belki biraz da “sevimsiz” sürecini daha yumuşak bir şekilde sona erdirme imkanına sahip olabileceklerdir.

İcra sözleşmeleri konusunda kapsamlı bir inceleme yapılmamış olması nedeniyle bu konuyu tez konusu olarak belirledik. Bu çalışmamızı yaparken, aslında tez konumuz olan icra sözleşmeleri gibi, icra hukukunun genel teorisinin de ciddi manada incelenmediğinin farkına vardık. Hatta icra hukukuna, medenî usul hukuku karşısında “üvey evlat” muamelesi yapıldığı ifadesi kullanılmıştır². Bu çalışmayı yaparken yer yer biz de bu hisse kapıldık.

İcra sözleşmeleri adlı çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde, icra hukukunda sözleşme özgürlüğünün yerini ve bu sözleşmelerin sınırını belirleyeceğiz. Ayrıca bu belirlemeyi yaparken yardımcı olacağını düşündüğümüz bazı konuları da burada inceleyeceğiz. Bu konuların başında icra hukukunun kamu hukuku karakterli mi yoksa özel hukuk karakterli mi olduğu sorunu yer almaktadır. Aynı zamanda icra hukukunun amacı ve icra hukukunda geçerli olan ilkeler de bu belirlemeleri yaparken önem arz ettiği için bunlar üzerinde de durmamız gerekecektir. Daha sonra icra sözleşmelerinin hukukî niteliğini tespit edeceğiz.

İkinci bölümde ise, genel olarak üçlü bir (icrayı daraltan, genişleten ve engelleyen sözleşmeler) ayırım yapıp, sözleşme tipleri üzerinde duracağız. Bu üçlü ayırım içinde her bir sözleşme türü için sözleşmelerin özel görünümleri dikkate alınarak, bu sözleşmelerin geçerliliği üzerinde de ayrıca duracağız. Aynı zamanda, bu sözleşmeleri daha iyi anlayabilmek bakımından her bir sözleşme tipi için örnek olmak üzere bazı sözleşme tipleri üzerinde de duracağız. Ancak yapacağımız bu inceleme örnekleme mahiyetinde olacaktır; dolayısıyla bu örnekleme, söz konusu sözleşme tipi açısından tüketici nitelikte olmayacaktır. Daha farklı sözleşme tiplerinin de karşımıza çıkması mümkündür. Bunun yanı sıra ikinci bölümde İcra ve İflas Kanunu’nda yer alan

sözleşmeye ilişkin hükümler üzerinde de duracağız. Bu bölümde son olarak, m.45 hükmünün kısa bir değerlendirmesine yer vereceğiz. Ayrıca bizim inceleme konumuzun sadece cüzi icra sözleşmeleri olduğunu, buna karşılık iflâs sözleşmelerinin bizim konumuzun dışında kaldığını da belirtmemiz gerekir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, icra sözleşmelerinin kuruluşu ve şekli üzerinde durarak, sözleşmenin kurulması şartlarını belirleyeceğiz. Aynı zamanda bu bölümde, icra sözleşmelerinin taraflardan birince, ihlal edilmesi durumunda, hangi hukukî yola başvurulması gerektiğini tespit edeceğiz. İcra sözleşmelerinin, taahhüt veya tasarruf etkili olması ve bunun sonuçları konusuna da son bölümde yer vereceğiz. Bunun dışında, genel işlem şartları içinde yer alan icra hukukuna ilişkin kayıtlar üzerinde de duracağız. Son olarak icra sözleşmelerine aykırılığın hukukî ve cezaî sonuçları üzerinde duracağız..

² Rolf Stürmer, Prezipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZJP 1986/3, s.291 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

İCRA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

İCRA SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

§ 1. İCRA SÖZLEŞMESİ KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Türk Hukuku'nda bugüne dek icra sözleşmesi kavramı üzerinde yeterince durulmuş değildir. Bu nedenle Türk hukuk literatüründe icra sözleşmesi kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin derinlemesine bir açıklama bulmak mümkün değildir. Bazı eserlerde kısa bir şekilde buna değinilse de, bunun üzerinde ayrıntılı durulmamıştır. İcra hukuku ile ilgili eserlerde sözleşme kavramı, genellikle sürelerle ilişkin sözleşme yasağı (m.20) ve borcun taksitle ödenmesi (m.111) çerçevesinde kullanılmaktadır³. İcra hukukunda irade serbestliği başlığı altında, sözleşmelere değinen Belgesay, süreleri, alacaklının aleyhine değiştiren sözleşmelerin, geçerli olduğunu belirtmekte, yine cebri icranın yürüyüşüne ilişkin sözleşmelerin de bu çerçevede, yani alacaklının aleyhine olacak şekilde, geçerli olacağını vurgulamakta; ancak bu sözleşmelerin niteliği üzerinde durmamaktadır⁴. İcra hukukunda yapılabilecek bazı sözleşmelere değinen Postacıoğlu ise, icra sözleşmesi kavramını kullanmamakta, hatta sözünü ettiği sözleşmelerin de maddî hukuk sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir. Postacıoğlu, von Tuhr'a atf yaparak, borçlunun bazı mallarının anlaşma yoluyla haciz dışında bırakılabileceğini ifade etmektedir⁵. Yine Postacıoğlu, alacaklı ile borçlu arasında yapılacak anlaşma ile sorumluluğun tespit edilebileceğini belirtmektedir. Örneğin tarafların haczin konusuna ilişkin anlaşma yaparak, borçlunun sadece

³ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004, s.98, 338 vd.; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku C:I, İstanbul 1988, s.134, 1185 vd; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.127, 522 vd; M. Kâmil Yıldırım, İcra Hukuku Ders Notları, İstanbul 2002, s.33; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004, s.78, s.185 vd.; Burhan Gürdoğan, İcra Hukuku Dersleri, Ankara 1970, s.21, s.101; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2004, s.24, s.76 vd.

⁴ Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflâs Kanunu Şerhi, C:I İstanbul 1954, s.12-15

⁵ İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul 1982, s.6, dn.10.

taşınırlarının veya sadece taşınmazlarının haczedilebileceğine ya da taşınır malların alacağı karşılıma yetmemesi durumunda taşınmazların haczedilebileceğine ilişkin anlaşmaların muteber olduğunu belirtmektedir. Ancak bunların maddî hukuk sözleşmesi olduğunu, bunlara muhalefetin itiraz yoluyla yapılması gerektiğini ileri sürmektedir⁶. Buna karşılık doğrudan doğruya “icra sözleşmesi” kavramını kullanan Üstündağ ise, sadece genel çerçevede bazı sorular yönelterek konuya dikkat çekmekte; ancak bu sorulara ilişkin olarak yeterli açıklama yapmamaktadır⁷. İcra sözleşmesi kavramını kullanmamakla birlikte icra hukukunda sözleşme özgürlüğü konusu üzerinde duran Berkin, kitabının “icra hukukunda sözleşme özgürlüğü” başlığı altında, bu konuyu genel olarak incelemiştir⁸.

İcra ve İflâs Kanunu’nda, bazı maddelerde⁹ “sözleşme”den bahsedilse dahi doğrudan “icra sözleşmesi” kavramı kullanılmamıştır. Kanunda kullanılan “sözleşme” kavramından da ne anlaşılması gerektiğini ve bu sözleşmenin şartlarını, özelliklerini çıkarmak mümkün değildir¹⁰.

Yargıtayın icra hukukunu ilgilendiren bazı kararlarında, “icra sözleşmesi” kavramı kullanılmamakla birlikte, “sözleşme” kavramının kullanıldığına rastlanmaktadır. Ancak sözleşmelerin hukukî niteliğini ve şartlarını bu kararlardan tespit etmek mümkün olmamaktadır¹¹.

⁶ Postacıoğlu s.60.

⁷ Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2000, s.5-8.

⁸ Necmeddin M. Berkin, Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s.15-17

⁹ İcra ve İflâs Kanunu’nda geçen sözleşme ve benzeri kavramlar için bkz. aşa. § 4.

¹⁰ İİK m.111’de yer alan, kanundaki ifade ile “borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme”nin şartları kanunda yer almakla birlikte, bu sözleşmenin icra sözleşmesi olup olmadığı konusunda bir açıklık yoktur. Buradaki “borcun taksitlendirilmesine ilişkin sözleşme” borçlunun borcuna yetecek miktarda malı haczedildikten sonra yapılmaktadır. Aynı zamanda 4949 sayılı Kanunla İİK’nun 111. maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Buna göre, alacaklı ile borçlunun taksitle ödemeye ilişkin olarak, şartlarını kendilerinin belirleyebilecekleri sözleşme veya sözleşmeleri yapabilecekleri kabul edilmiştir. Bunun dışında m.78, II’de yer alan taksit sözleşmesi ise henüz haciz işlemi yapılmadan önceki bir dönemde icra dairesi önünde yapılmaktadır. Ancak kanunda bu sözleşmeden bahsedilirken, sadece, böyle bir sözleşmenin yapılması halinde, bu sözleşmenin ihlaline kadar geçen zamanın haciz isteme için gerekli sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Yoksa kanundaki düzenlemede bu sözleşmenin kuruluş şartları, şekli, hükümleri vs. konularında herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu iki hükme aykırılığın sonucunu düzenleyen m.340’da da sözleşmenin unsurlarına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

¹¹ Yargıtay bir kararında, taahhüdü ihlal suçu çerçevesinde açıklama yaparken, İİK m.111’deki borcun taksitlendirilmesine ilişkin sözleşme ile icra dairesi önünde m.78, II’ye göre yapılan taksit sözleşmesini aynı şekilde değerlendirmekte; her ikisinin de sözleşme olarak nitelendirildiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Alman Hukuku'nda ise icra sözleşmesi kavramının kullanılması eski tarihlere dayanmaktadır¹². Her ne kadar icra sözleşmelerinin kapsamı ve geçerliliği konusunda görüş birliği olmasa¹³ bile kavram üzerindeki tartışmalarda önemli ölçüde bir mesafe kat edilmiş ve icra sözleşmesi kavramı gerek öğreti gerekse mahkeme uygulamalarında kabul görmüştür. Yine Alman hukukunda, bu sözleşmeler için ortak bir kavram kullanılması söz konusu değildir. Bazı yazarlar¹⁴, icra sözleşmesi (Vollstreckungsvertrag) kavramını tercih ederken, bazı yazarlar¹⁵ ise, icra anlaşması (Vollstreckungsvereinbarung) kavramını kullanmıştır. Bunun yanı sıra her iki kavramı aynı çalışma içinde kullananlar da vardır¹⁶.

Buna dayanılarak icap-kabulden ve borçlar hukuku anlamında sözleşme serbestisinden bahsedilmektedir (CGK 2.10.2001, 7-205/180: YKD 2002/2, s.278-282). Oysa m.111'deki borçlunun, borcunu taksitle ödeme teklifi kanunda aranan şartları taşıyorsa alacaklının kabulüne ihtiyaç duyulmamaktadır. Bu göz önüne alınmaksızın burada borçlar hukuku anlamında sözleşme serbestisinden bahsetmenin doğru olmadığı kanaatindeyiz (bkz. aşağıda § 4) Nitekim bir başka CGK kararında doğru olarak m.111'e göre borçlunun teklif ettiği taksitle ödemenin alacaklının kabulüne bağlı olmadığı ve burada borçlar hukuku anlamında sözleşmeden söz edilemeyeceği vurgulanmıştır. Yine aynı kararda İİK m.111, III'te düzenlenen taksit sözleşmesinin, tipik bir özel hukuk sözleşmesi olarak değerlendirmenin mümkün olmayacağı belirtilmiş; ancak bunun ne tür bir sözleşme olduğu üzerinde durulmamıştır (CGK 22.1.2002 17-294/1: YKD 2002/3, s.451-461).

¹² Roquette, Vollstreckungsvertraege, ZZZP 1925/49, s.160 vd.; Johann Georg Raatz, Vollstreckungsvertraege, Diss., Halle-Wittenberg 1935, s.1 vd.

¹³ Michael Mette, Zur Problematik von Vollstreckungserweiternden, -beschränkenden und -ausschliessenden Vereinbarungen, Diss., Passau 1991, s.1; Roquette s.160.

¹⁴ Gerhard Schiedermaier, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s.84; Dieter Scherf, Vollstreckungsvertraege, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, s.1 vd; Christel Schug, Zur Dogmatik des vollstreckungsrechtlichen Vertrages, Diss., Bonn 1969, s.25 vd; Volker Emmerich, Zulaessigkeit und Wirkungsweise der Vollstreckungsvertraege, ZZZP 1969/6, s. 413 vd; Hans Brox/Wolf-D. Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, Köln-Berlin-Bonn-München 1996, s.126; Wolfgang Grunsky Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts, Tübingen 1987 s.105; Harald Schneider, Formstrenge und Wertung in der Vollstreckungstaetigkeit des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1986/9, s.135; Arwed Blomeyer, Zivilprozessrecht Vollstreckungsverfahren, Berlin-Heidelberg-New York 1975 s.145; Jürgen Mohrbutter/Harro Mohrbutter, Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, Köln-Berlin-Bonn-München 1974, s.113.

¹⁵ Ursula Rinck, Parteivereinbarungen in der Zwangsvollstreckung aus dogmatischer Sicht, Diss., Frankfurt am Main, Berlin-Bern-New York-Paris-Wien 1996, s.15 vd; Mette, s.1 vd; Othmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, München 1999, s.6; Hans-Joachim Musielak, Grundkurs ZPO München 2000, s.360; Johannes Behr, Grundlagen des Zwangsvollstreckungsrecht, Köln 1998, s.122; Winfried Schuschke, Vollstreckungsrecht, Köln 1987, s.71.

¹⁶ Karlheinz Bohn, Vollstreckungsausschliessende Vertraege, Diss., Frankfurt 1955, Diss., 85, 86; Gerhard Wagner, Prozessvertraege Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998, s.750, 754; Wolfgang Lüke, Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung, München 1999, s.422; Harald Bürck, Erinnerung oder Klage bei Nichtbeachtung von Vollstreckungsvereinbarungen durch die Vollstreckungsorgane?, ZZZP 1972/4, s. 401; Rolf Lackmann, Zwangsvollstreckungsrecht, München 2002,

Farklı kavramlar kullanılmış olmasına rağmen, bu kavramların tercih edilmesinin sebebi konusunda bir açıklama yapılmamıştır¹⁷.

Ayrıca icra sözleşmeleri Alman hukuk uygulamasında önemi olan¹⁸ bir konudur. Bunun sebebi ise, Alman Medenî Usul Kanununda¹⁹ sözleşmelere ilişkin hükümlerin bizim kanunumuza göre daha açık bir şekilde yer almasıdır²⁰. Gerçi Alman hukukunda da bu kavramın ilk çıkışında önemli tartışmalar yaşanmış ve bu sözleşmeler başlangıçta çok sınırlı bir şekilde kabul görmüştür. İcra sözleşmesi kavramının ortaya çıktığı tarihlerde sadece icrayı daraltan sözleşmeler²¹ (vollstreckungsbeschränkende Verträge) üzerinde durulmuş, bunun dışındaki sözleşme türlerine değinilmemiş²² veya sadece kavram olarak belirtilmiş, ancak bu

s.40; Friedhelm Gaul, Zulaessigkeit und Geltendmachung vertraglicher Vollstreckungsbeschränkung – BGH, NJW 1968 700-, JuS 1971/7, s.347.

¹⁷ Doktrinde ve yargı kararlarının çoğunda icra anlaşması (Vollstreckungsvereinbarung) kavramının kullanıldığını ve bu sebeple kendisinin de bu kavramı tercih ettiğini belirten Mette, kavram tercihinin esasına ilişkin başka bir sebep belirtmemektedir (Mette, s.3). Bu konuya “Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri” eserinde değinen Taşpınar, özel hukuktaki sözleşme kavramı ile yargılama hukukundaki sözleşme kavramının ayrılması bakımından Alman hukukunda yargılama hukukuna ilişkin olanlar bakımından anlaşma (Vereinbarung) veya mutabakat (Einigung), buna karşılık özel hukuka ilişkin olanlar bakımından ise sözleşme (Vertrag) kavramının kullanılmasının ileri sürüldüğünü belirtmiştir (bkz. Sema Taşpınar, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s.50); Usul sözleşmeleri bakımından bu ayırım için, Schiedermaier kanunda sözleşme (Vertrag) kavramının kullanılmasından, belki de biraz çekingenlikle kaçınıldığından, onun yerine anlaşma (Vereinbarung) ve mutabakat (Einigung) kavramlarının kullanıldığını belirtmektedir (Schiedermaier, s.2). Ancak kanunda anlaşma ve mutabakat kavramlarına yer verilmiş olması, buna karşılık sözleşme kavramına yer verilmemiş olması sonucu değiştirmez. Burada da sözleşmenin unsurları vardır ve kanundaki bu ifade bilinçli olarak, başka bir kurumu ifade etmek amacıyla kullanılmamıştır. Zira böyle bir ayırım gereksizdir ve karmaşıklığa yol açar. Ancak yine de burada doğal olarak mutabakat beyanlarını sözleşmeden ayırmak gerekir. Çünkü mutabakat beyanları çok taraflı irade açıklamalarını ifade etmektedir ve bunlarda sözleşme unsurları tam olarak yer almaz (Schiedermaier, s.24). Sözleşme kavramının, tarafların hak ve yükümlülüklerini hatırlattığı; anlaşmanın ise tarafların belli bir konudaki irade uyumunu ifade ettiği belirtilmiştir. Ancak bu kavramlar birbirinin yerine kullanılmaktadır (Haluk Konuralp, Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999, s.58 dn.15). Bu bağlamda İcra ve İflâs Kanunumuzda hem sözleşme (m.111, III; m.78, II) hem mukavele (mukavele:sözleşme bkz. Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük Ankara 1998, s.1589; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2002, s.848) (m.20) hem de anlaşma (m.83/a) kavramları kullanılmıştır. Kanaatimizce bu kavramlar kullanılırken bunlar arasında bir farklılık oluşturmak amacıyla bilinçli bir kullanım söz konusu değildir. Bu kavramlar en azından İcra ve İflâs Kanunu’ndaki kullanımı itibariyle farklılık göstermemektedir.

¹⁸ Raatz, s.1; Emmerich, s. 417; Oskar Hochgraefe, Vollstreckungsverträge, Diss., Breslau 1938, s.1.; Mette, s.9.

¹⁹ Zivilprozessordnung –ZPO-.

²⁰ ZPO §§ 816, 817, 825, 843 ve 876.

²¹ Bkz. aşa. § 5.

²² Bohn, s.1; Mette s.3, 10.

sözleşmelerin geçerli olmadığı vurgulanarak inceleme konusu yapılmamıştır²³. Sonraki dönemlerde icra sözleşmeleriyle ilgili incelemelerde ise, bu sözleşmeler daha geniş açıdan değerlendirilmiş ve icrayı daraltan sözleşmelerin dışındaki sözleşme türlerinin²⁴ de üzerinde durulmuştur²⁵.

Burada öncelikle “icra sözleşmesi” kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde, daha sonra da icra hukukunda sözleşme kurumunun yerinin olup olmadığı ve eğer varsa ne ölçüde olabileceği üzerinde durulacaktır.

B. TANIMI

İcra sözleşmesi kavramı altında, icra takibini yürüten tarafların, kanunen düzenlenmiş olan icra sürecini etkileyip etkilemeyecekleri ve şayet etkileyebilecekleri kabul edilirse, bunun ne ölçüde olabileceği araştırılacaktır. Genel olarak icra sözleşmeleri denilince, alacaklı ile borçlu arasında yapılan sözleşmeler anlaşılır, bu sözleşmeler icra sürecini konu alır. İcra sözleşmeleri vasıtasıyla taraflar cebri icra sürecini etkilerler ve bu sürecin işleyişine, kanunda düzenlenen kurallardan ayrılarak, müdahale etmek isterler²⁶. Bundan anlaşılacağı üzere, icra sözleşmelerinde, tarafların cebri icra sürecini etkilemek istemesi ön plana çıkmakta ve bu, icra sözleşmelerini diğer sözleşmelerden ayıran bir ölçüt olmaktadır²⁷. İcra sözleşmeleriyle taraflar karşılıklı olarak bir şeyi yapma yetkisini ya da gerekliliğini düzenlerler ve aynı zamanda icranın ne zaman ve ne şekilde yapılacağına veya icranın yapılıp yapılmayacağına ilişkin hükümler getirirler²⁸. Görüleceği üzere, bu sözleşmelerle tarafların icra sürecini bir şekilde etkilemesi ve yasal olarak öngörülmüş olan kurallardan ayrılarak cebri icra imkanlarını genişletmesi veya sınırlandırması ya da bertaraf etmesi söz konusudur. Buna uygun olarak Alman hukuk doktrininde icra sözleşmeleri için, icrayı genişleten (vollstreckungserweiternde), icrayı daraltan (vollstreckungsbeschränkende) ve

²³ Scherf, s.61; Roquette, s.160 vd; Hochgraefe, s.1 vd.

²⁴ Bkz. a.ş.a. § 5, § 6, § 7.

²⁵ Mette, s.10 vd.

²⁶ Rinck, s. 25; Lackmann, s.40; Bürck, s. 405; Roquette, s. 160; Behr, s.122; Mette, s. 3; Leo Rosenberg/Hans Friedhelm Gaul/Eberhard Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, München 1987, s.381.

²⁷ Rinck, s.25.

²⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.381.

icrayı engelleyen (vollstreckungsaus-schliessende) sözleşmeler şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. En azından teorik olarak bu ayrım hemen hemen bütün yazarlar tarafından kabul edilmektedir²⁹. Aşağıda³⁰ ayrıntılı şekilde inceleyeceğimiz üzere, bu ayrım yapılırken, kanun tarafından alacaklıya sunulmuş olan icra imkanlarının daraltılması veya genişletilmesi ya da ortadan kaldırılması ölçüt olarak kabul edilmektedir³¹. Örneğin alacaklı ve borçlu icra sözleşmesi yaparak belirli bir süre icra takibi yapılmamasını kararlaştırmak suretiyle, bu süre içinde cebri icra takibi yapılmasına engel olabileceklerdir³². Taraflar bunun yanı sıra icra sürecinde bazı icra imkanlarından vazgeçmeyi de kararlaştırmış olabilirler. Bu ikisinin bir arada bulunması da mümkündür³³.

İcra sözleşmelerini şu şekilde tanımlayabiliriz: İcra sözleşmeleri, alacaklı ve borçlunun karşılıklı birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen, kanun tarafından belirlenmiş olan icra hukuku kurallarından ayrılmayı öngören ve dolayısıyla icra sürecini etkilemeyi amaçlayan sözleşmelerdir.

C. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN EKONOMİK TEMELLERİ

Alacaklı ve borçlu neden icra sözleşmesi yapmaya gerek duymaktadırlar? Burada sözleşmelerin geçerliliği konusuna bakmaksızın, genel olarak tarafların sözleşme yapmadaki amaçlarının ne olabileceği, sözleşme yapmak suretiyle, kendilerine sağlanmış olan kanun hükümlerinden ayrılmanın kendilerine ne kazandırabileceği üzerinde durulacaktır. İcroyı daraltan ve icrayı engelleyen sözleşmeleri alacaklının kabul etmesinin sebebi ne olabilir? Alacaklı neden kendisine yasal olarak sunulmuş olan icra imkanlarını daraltmakta veya bunlara başvurmadan vazgeçmektedir? Borçlu bakımından düşünüldüğünde ise, borçlu icrayı genişleten

²⁹ Behr, s.123; Karlheinz Bohn, Die Zulaessigkeit des vereinbarten Vollstreckungsausschlusses, ZJP Band 69 1956/1, s.20; Bohn, Diss., s.1; Brox/D. Walker, s.126; Bürck, s.392; Emmerich, s.414; Hochgraefe, s.2; Mette, s.4-5; Rinck, s.28; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.381; Buchbesprechungen für Scherf Dieter Vollstreckungsverträge, Prozessrechtliche Abhandlungen, ZJP Band: 89, 1976/4, s.484; Adolf Schönke/Fritz Baur/Rolf Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht Band I Einzelvollstreckungsrecht, Heidelberg 1995, s.122 vd; Schuschke, s.71-72; Schug, s.30; Schiedermaier, s.84, 85; Wagner, s.750, 754; Jauernig, s.6; Musielak, s.360.

³⁰ Bkz. aşa. § 5, § 6, § 7.

³¹ Hochgraefe, s.4.

³² Rinck, s.25; Bohn, Diss., s.4; Wagner, s.748; Brox/Walker, s.126.

sözleşmeyi neden kabul etmektedir? Kanun tarafından kendisine tanınan koruyucu hükümlerden neden vazgeçmektedir?

Borçlu ile alacaklı arasında icra hukukuna ilişkin sözleşme yapılmasının bir çok defa ekonomik temelleri de bulunmaktadır. Alacaklısıyla sözleşme yapan ve iyi niyetli olan borçlu, çoğu zaman borcunu zamanında ve uygun bir şekilde ödemek için çaba sarf edecektir. Ancak bazı durumlarda, iyi niyetli olduğu halde ekonomik durumunun iyi gitmemesi veya genel olarak ülke ekonomisinin kötüleşmesi³⁴ gibi çeşitli nedenlerle borcunu ödeyemeyen borçlu korunmuş ve buna paralel olarak da borçlunun ekonomik faaliyetlerini devam ettirmesi sağlanmış olacaktır. Örneğin borçlunun ödeme güçlüğüne olduğu bir dönemde, alacaklı ile borçlunun anlaşarak belirli bir süre icra takibi yapılmamasını kararlaştırmaları ile borçlu korunmuş olacaktır. Zira bu durumdaki borçlu aleyhine icra takibi yapılması sonucunda, onun borcunu ödeyememesi, kendisinin ticarî itibarını önemli ölçüde zedeleyecektir³⁵. Böyle bir sözleşme yapılması aynı zamanda ülke ekonomisine de katkı sağlayabilir. Ekonomik olarak zor duruma düşmüş olan borçlu, bu dönemde ödemelerini zamanında yapma konusunda sıkıntıya düşmüş olabilir. Bu durumdaki borçlu, alacaklısına başvurarak onunla bir sözleşme yapabilir. Borçlu, bu yola başvurarak ekonomik olarak sıkıntılı olduğu dönemi atlatmayı hedeflemektedir. Borçlu alacaklısıyla yapmış olduğu sözleşme vasıtasıyla, yasal olarak öngörülmüş olan durumdan daha elverişli bir konuma sahip olmaktadır. Bu durum, icrayı daraltan ve icrayı engelleyen sözleşmelerin, ekonomik olarak daha zayıf durumda olan borçlu için, özellikle de ekonomik buhran dönemlerinde, ne kadar önemli olduğunu ortaya koymaktadır³⁶.

Bu sözleşmenin yapılması alacaklı bakımından da bazen en uygun yol olacaktır. Alacaklı, icra takibi yapmanın zorluklarından kurtulacak ve belki sözleşme yaparak alacağını daha kısa sürede, daha tatmin edici şekilde elde etme imkanına

³³ Mette, s.5; Rinck, s.26.

³⁴ Nitekim Alman Hukukunda, ülke ekonomisinin sıkıntılı olduğu dönemlerde icra sözleşmelerine ilişkin mahkeme kararlarının arttığı vurgulanmıştır. Bundan özellikle ekonomik buhran dönemlerinde icra sözleşmelerinin öneminin arttığı ortaya çıkmaktadır (Hochgraefe, s.1).

³⁵ Bohn, Diss., s.21.

³⁶ Hochgraefe, s. 9.

kavuşmuş olacaktır³⁷. Örneğin borçlu, borcunu hemen ve peşinen ödeyebilecek durumda değildir, ancak borcun belli bir vadeye yayılması durumunda borcunu tam olarak ve hatta faiziyle birlikte ödeme imkanı olabilir. Bu durumdaki borçlusuyla alacaklının, taksitle ödeme sözleşmesi (m.78, II; m.111, III) yapması kendi lehine olabilecektir. Zira icra takibi sırasında borçlunun gerekçesiz ve gereksiz itirazlarını bertaraf etme çabasına girmemiş olacaktır³⁸. Bunun yanı sıra, icra takibi yapılırsa borçlunun malvarlığının gerçek değerinin altında satılması ve alacaklının da tam olarak tatmin edilememesi söz konusu olabilecektir. Taksitle ödeme sözleşmesi yapılması durumunda ise, hem alacaklı alacağını tam olarak elde etme imkanına sahip olacak hem de borçlunun ekonomik faaliyetinin iyi bir şekilde devamı mümkün olabilecektir.

İcra sözleşmeleri ayrıca borçlunun kendisi için değerli olan bazı eşyalarının korunması bakımından da önem arz eder. Gerçi İcra ve İflâs Kanunu'nda haczi caiz olmayan mal ve haklar (m.82) ile haczi kısmen caiz olan şeyler³⁹ (m.83) sayılmıştır⁴⁰, ama bu, genel bir sayma olduğu için bireysel ve özel bazı gereksinimleri karşılayamayabilir. Bu durumda borçlu, alacaklısıyla yapacağı bir sözleşmeyle kendisi için özel önemi olan eşyalarını güvence altına alabilecektir⁴¹. Örneğin haczedilebilen mal, borçlu için değerli olan bir koleksiyonu veya borçlu için önemi olan bir hayvanı (köpeği)⁴² ya da borçlunun ailesinden kendisine miras olarak kalan bir aile yadigârı olabilir⁴³.

Alacaklı sözleşme yaparken, sözleşme yaptığı sıradaki mevcut durumdan daha iyi bir konum elde etmeyi ümit ederek sözleşme yapacaktır. Örneğin, icrayı belirli bir süre engelleyen sözleşme yapılarak, borçluya süre verilmiş olabilir. Alacaklı sözleşme yaparken bu süre içinde borçlunun malî durumunun düzeleceğini ve süre sonunda daha iyi bir şekilde ve belki icra takibi yapmak zorunda kalmadan alacağına kavuşma imkanı olacağını düşünerek borçlusuyla uzlaşmaya varmaktadır.

³⁷ Bohn, Diss, s.21.

³⁸ Raatz, s.13; Hochgraefe, s. 9-10.

³⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Baki Kuru, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, AÜHFD 1962/1-4, s.277 vd.

⁴⁰ Bu konuya ilişkin ZPO'da da geniş hükümler yer almaktadır (ZPO § § 811, 812, 850 vd).

⁴¹ Hochgraefe, s.12.

⁴² Raatz, s.14.

⁴³ Hochgraefe, s.12.

Borçlunun, ekonomik olarak zor durumda olduğu bir zamanda, alacaklıının icra hukukunun kendisine sunduğu imkanları kullanması bakımından yasal olarak bir engel yoktur. Alacaklıının alacağıının ancak çok az bir kısmına kavuşabilme riskinin olmasına rağmen, bu yola başvurusu ve üstelik icra takibi sonunda alacağıının ne oranda karşılanabileceğini bilmeden, bunun için zaman ve para harcaması kendisi için daha büyük bir risk oluşturabilir⁴⁴. Bu nedenle alacaklı, borçlusuyla sözleşme yapıp ona belirli bir süre tanıyarak bu sürenin sonunda daha tatminkar bir ödemeye kavuşma imkanını elde etmiş olabilecektir.

Kanun koyucu icra hukukundaki yasal düzenlemeleri yaparken, genel olarak her iki tarafın ekonomik çıkarlarını dikkate almaktadır. Ancak bu genel çerçevede olabilir. Buna karşılık yasal düzenlemeler her somut olayda tarafların ekonomik çıkarlarına uygun olmayabilir. Bu düzenlemelerin tarafların çıkarlarına uygun olmaması durumunda, icra takibini yürüten icra müdürünün, bunları kendiliğinden değiştirme imkanı yoktur. İşte kanun hükümlerinin, tarafların ekonomik çıkarlarına uygun düşmediği durumlarda taraflar yapacakları sözleşme vasıtasıyla bu sürece müdahale etmek isteyebilir⁴⁵.

Bunun yanı sıra alacaklıya, tatmin edici belirli bir icra imkanı sağlanarak icra sözleşmesi yapmak için gerekli ortam hazırlanabilir. Alacaklı da sözleşmede kararlaştırılanın dışında icra imkanlarını kullanmama yükümlülüğü altına girebilir⁴⁶. Örneğin alacaklıya ipotek vasıtasıyla teminat verilmesi karşılığında alacaklı da borçlunun diğer mal varlığı üzerinde herhangi bir icra işlemi yaptırmama yükümlülüğü altına girmiş olabilir. Bu durumda alacaklı diğer alacaklılara karşı bir öncelik hakkı (m.115, I; 125, III) kazanmış olacaktır. Borçlu bakımından da sadece belirli mal varlığının (örneğin bir taşınmazın) cebri icraya konu olabileceğini bilmek onu ekonomik amaç ve hedefleri bakımından rahatlatacaktır. Borçlu bu tür bir sözleşmeyi yaparken sadece ekonomik kaygılarla da yapmayabilir. Borçlu böyle bir sözleşme yaparken kendisi için özel önemi olan eşyaları koruyabilmeyi amaçlamış

⁴⁴ Mette, s.12.

⁴⁵ Mette, s.13.

⁴⁶ Raatz, s.15; Hochgraefe, 12.

olabilir⁴⁷. Bu gibi nedenlerle hem borçlu hem alacaklı için icrayı daraltan⁴⁸ bir sözleşme yapmak daha yararlı sonuçlar doğurabilecektir.

Tarafların icra sözleşmesi yapmaları bakımından çok farklı neden ve gereksinimleri olabilir. Bunları bu çalışma içinde detaylı bir şekilde ele almak gereksiz olacaktır. Yukarıda verilen örnekler tarafları sözleşme yapmaya yönelten sebepleri ortaya koyma bakımından yol gösterici olacaktır. Ancak bütün sebeplerin tek tek sayılması mümkün değildir.

§ 2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Sözleşme özgürlüğünü incelemeye geçmeden önce, bu incelemeyi yaparken ve icra sözleşmelerinin hukukî niteliğini belirlerken önemli olacağına inandığımız için, icra hukukunun kamu hukuku karakterli mi yoksa özel hukuk karakterli mi olduğuna, icra hukukunun amacına, icra hukukuna egemen olan ilkelere ve de icra takibinin başlamasıyla ortaya çıkan ilişkilere kısaca değineceğiz.

A. HUKUK DÜZENİNDE İCRA HUKUKUNUN YERİ

İcra hukukunun kamu hukuku alanına mı, yoksa özel hukuk alanına mı dahil olduğu tartışmalıdır. Bu tartışmanın temel nedeni, icra hukukunun bir taraftan özel hukuktan kaynaklanan alacakların elde edilmesine yönelmiş olması, diğer taraftan ise, icra faaliyetinin yürütülmesi sırasında devletin kamusal gücünün kullanılmasının söz konusu olmasındandır.

İcra hukukunun, alacaklının özel hukuktan kaynaklanan haklarını korumayı amaçladığını belirten görüş sahipleri, bu amaca bağlı olarak icra hukukunun özel hukuka dahil olduğunu ileri sürmektedirler⁴⁹. Alman hukukunda bu görüşü savunanların en önemli dayanak noktası, Alman Medenî Usul Kanunu'nda (ZPO § 804) öngörülen haciz rehin hakkıdır (Pfaendungspfandrecht)⁵⁰. Bu hakka göre, borçlunun malı üzerine

⁴⁷ Hochgraefe, s. 12.

⁴⁸ İcrayı konu bakımından sınırlandıran sözleşme için bkz. aşa. § 5.

⁴⁹ Hans Friedhelm Gaul, Hukukun Esasları ve Hukuk Dogmatığı Bakımından Hakkın İcra Yoluyla Elde Edilmesi, (İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2004, çev.: Nevhis Deren-Yıldırım), s.36.

⁵⁰ Bu kavram Alman hukukunda kullanılan, hatta ZPO'da (§ 804) düzenlenmiş olan bir kavramdır. Ancak bu kavramın Türk hukukunda yeri yoktur.

konulan hacizle birlikte alacaklı lehine haciz rehin hakkı doğmaktadır⁵¹. Haciz rehin hakkı, rehin hakkı türlerinden birisini oluşturmakta ve buna maddî hukuka ait teminatlardaki esaslar uygulanmaktadır⁵². Kanun koyucunun bunu benimsemesinin ardında icra hukuku ile özel hukuk arasında tam bir uyum sağlamak düşüncesi vardır⁵³. Ancak Alman Hukuku'nda genel olarak özel hukuk anlayışı terk edilmiştir. Alacaklının haciz rehin hakkı olmakla birlikte, haciz sonrası yapılan işlemler haciz rehin hakkına değil, bilakis hacze dayanmaktadır. Dolayısıyla haciz sonrası yapılan işlemler, özellikle hacizli malın satışı, devletin egemenlik gücüne dayanmaktadır⁵⁴. Artık hacizli malın satışı, medenî hukuk anlamında rehinli malın satışı anlamına gelmemekte; devletin icra faaliyeti sonucu yapmış olduğu paraya çevirme söz konusu olmaktadır⁵⁵. Bu nedenle artık özel hukuk anlayışı terk edilmiştir.

Başka bir görüşe göre ise, cebri icranın devlet adına yapılması ve icra organlarının yetkilerinin kesin olması, icra hukukunu kamu hukukuna yaklaştırırken; icra hukukunun amacının inkar edilen sübjektif hakların güvence altına alınması ve alacaklıların bu haklardan vazgeçebilmeleri, icra hukukuna özel hukuk niteliği kazandırmaktadır. Bir yönüyle icra müdürünün görevine başlaması alacaklının talebine bağlıdır, ancak diğer taraftan, icra müdürü göreve başladıktan sonra alacaklı, icra müdürünün hareket şeklini belirleyemez. Bu nedenlerden dolayı, icra hukuku hem kamu hukukunun hem de özel hukukun niteliklerini taşıyan, kendine özgü bir hukuk dalıdır⁵⁶.

Bu konuda, icra hukukunun kamu hukukuna mı yoksa özel hukuka mı dahil olduğunu belirlemenin pratik olarak bir faydası olmadığı da ileri sürülmüştür⁵⁷.

Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının hangi temele dayanması gerektiği konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür⁵⁸. Kanaatimizce ileri sürülen bu teoriler

⁵¹ Wolfgang Marotzke, Öffentlichrechtliche Verwertungsmacht und Grundgesetz, NJW 1978, Heft:4, s.136.

⁵² Nevhis Deren-Yıldırım, İcra Hukukunda Paylaştırmaya İlişkin İlkeler Hakkında Düşünceler, İcra Hukuku Analizleri, İstanbul 2004, s.4.

⁵³ Gaul, Hukukun Esasları, s.38.

⁵⁴ Friedrich Stein, Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913, s.70; Musielak, s.357.

⁵⁵ Gerhardt Lüke, Die Entwicklung der öffentlichrechtlichen Theorie der Zwangsvollstreckung in Deutschland, Festschrift für Hideo Nakamura zum 70.Geburtstag, Tokyo 1996, s.391; Musielak, s.357.

⁵⁶ Berkin, s.14; Belgesay, s.13 (Belgesay bu fikrini kitabının 1942 yılındaki basısında (İcra ve İflâs Hukuku C:I, İstanbul 1942, s.10) bunu açıkça belirtirken, 1954 tarihli basıda ise bunu açıkça belirtmemekle birlikte ileri sürülen fikirler bu sonuca götürmektedir).

⁵⁷ Postacıoğlu, s.21.

içinde en uygun ve amaca en elverişli olan teori egemenlik teorisidir. Buna göre, bazı ilişkiler vardır ki, devlet, kişiler karşısında sahip olduğu egemenlik gücüne dayanır. O halde devletin egemenlik gücüne dayanarak yetkilerini kullandığı alanlarla ilgili kurallar kamu hukuku karakterlidir⁵⁹. Bugün hakim olan ve egemenlik teorisine de uygun düşen, aynı şekilde bizim de katıldığımız görüşe göre, icra hukuku kamu hukukuna dahildir⁶⁰. Zira burada alacaklının devlete yönelttiği hukukî korunma talebine bağlı olarak, devletin icra organlarının, kanun tarafından belirlenen sınırlar çerçevesinde, borçlunun malvarlığına müdahalesi söz konusudur. Borçlunun mallarının haczedilmesi, haczedilen malların satılması doğrudan doğruya borçlunun temel haklarına müdahale anlamına gelmektedir. Bu müdahaleler de devletin egemenlik gücüne dayanan yetkilerini kullanması anlamına gelmektedir⁶¹. Normal şartlarda bu müdahaleler hukuka aykırıdır. Ancak burada devletin egemenlik gücüne dayanarak ve kendisine kanun tarafından verilen yetki çerçevesinde yapmış olduğu müdahaleler söz konusu olduğundan, artık bu müdahalelerin hukuka aykırı olması söz konusu değildir⁶². Borçluya karşı kuvvet kullanma yetkisi devlet adına sadece icra organlarına aittir. İcra organlarının borçluya karşı kuvvet kullanma yetkisi, alacaklının icra takip yetkisine dayanmamaktadır⁶³. İcra hukuku özel menfaatlerin elde edilmesine hizmet etse bile, bunu yaparken kamu otoritesi kullanılmaktadır⁶⁴.

⁵⁸ Kamu hukuku ve özel hukuk ayrımının yapılması bakımından değişik kıstaslar ileri sürülmüştür. Bunlardan bazıları şunlardır: Menfaat nazariyesi, kuralın yöneten-yönetilen veya yalnız yönetilenler arası ilişkiyi ilgilendirip ilgilendirmemesine göre ayırım yapan nazariye, emredicilik nazariyesi, uygulama biçimindeki farklılığa dayanan nazariye, egemenlik nazariyesi. Bu nazariyelerle ilgili geniş bilgi için bkz.: Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri* Ankara 1997, s.14-20.

⁵⁹ Edis, s.19.

⁶⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.4; Lüke, G., s.405; Rinck, s.31; Karl Spühler/Susanne B. Pfister, *Schuldbetreibungs- und Konkursrecht I*, Zürich 1999, s.1; Kurt Amonn/Dominik Gasser, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts*, Bern 1997, s.4; Otto Fischer, *Über Wachs Handbuch des Civilprozesses*, ZZP 1887/10, s.410; Gürdoğan, s.4; Yıldırım, M.K., s.2; Hans-Jürgen Hellwig, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn 1968, s.46.

⁶¹ Lüke, G., s.394.

⁶² Wolfram Henckel, *Prozessrecht und Materielles Recht*, Göttingen 1970, s.236, 237.

⁶³ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.5.

⁶⁴ Gürdoğan, s.4; Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht*, München 2004, s.7.

İcra takibi devam ettiği süre içinde icra organının kamu gücüne dayanarak yaptığı işlemler (cebri icra tasarrufları) söz konusudur⁶⁵. Nitekim bunların önemlilerinden birisi de cebri artırmadır. Cebri artırmaların özel hukuk karakterli bir satım sözleşmesi olmadığı ve bir cebri icra tasarrufu (kamusal işlem) olduğu kabul edilmektedir. Zira burada satım sözleşmesinin bünyesine uymayan bir çok kanuni düzenleme vardır⁶⁶. Haczedilen malların icra organları vasıtasıyla satılması, kamu hukuku karakterli bir işlem olarak değerlendirilmektedir. Bu gün genel olarak kabul edilen hukuk ve devlet anlayışına göre, alacaklıyı tatmin amacıyla, zorla (borçlunun rızası olmaksızın) borçlunun mal varlığına müdahale edilmesi, ancak devletin egemenlik hakkıyla düşünülebilir. Zor kullanma yetkisi sadece devlete aittir, alacaklıya devredilemez. Bütün bunlar icra hukukunun kamu hukuku karakterli olması sonucunu doğurur.

İcra hukukunda özel hukuktan kaynaklanan hakların yerine getiriliyor olması ve dolayısıyla özel menfaatlerin söz konusu olması, onun özel hukuka dahil olması sonucunu doğurmaz. Çünkü burada icra hukuku vasıtasıyla hukuk barışının sağlanması söz konusudur ve bu da sadece bireysel çıkarlara değil, toplumsal çıkarlara hizmet etmektedir⁶⁷.

İcra hukukunun kamu hukuku karakterli olması, bu alanda sözleşme özgürlüğünün olmadığı anlamına gelmez. Zira, artık sözleşme kurumu, sadece özel hukuka ait bir kurum olarak görülmemekte, aksine bütün hukuk alanlarına ait bir kurum olarak kabul edilmektedir⁶⁸. Ancak icra hukukunun kamu hukuku alanına dahil olması, bu alandaki hükümlerin çoğunun emredici nitelikte olması anlamına gelmekte ve tarafların sözleşme özgürlüğü de bu oranda daralmaktadır. İcra hukuku, tarafların sözleşme özgürlüğünü ortadan kaldırmamakta, ancak özel hukuktaki kadar da sözleşme özgürlüğünü geniş tanımamaktadır⁶⁹.

⁶⁵ Ramazan Arslan, İcra-İflâs Hukukunda İhale ve İhalenin Feshi, Ankara 1984, s.54; Lücke, G., s.394; Rinck, s.31.

⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan, s.52-58.

⁶⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.7.

⁶⁸ Bkz. aşa. § 2-G-I-4.

⁶⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.5; Lücke, W., s.422.

B. İCRA HUKUKUNUN AMACI

İcra hukukunun amacı konusunda da görüş birliği yoktur. Bir görüşe⁷⁰ göre, icra hukukunun amacı, borçluya gönderilen ödeme emrinin (veya icra emrinin) yerine getirilmesini sağlamaktır. Bununla, hem borçlu devlet organlarına itaate zorlanacak hem de cezalandırılmış olacaktır. Ancak bu görüş kabul edilemez. Zira ilamsız takiplerde herhangi bir yargısal karar yoktur ve bu nedenle yargısal karara dayanan bir ödeme emri de yoktur⁷¹. İcra hukukunun öncelikli amacı, devlet organlarının emirlerine itaatsizlik edenleri zorlamak veya onları cezalandırmak değildir⁷².

Diğer bir görüşe⁷³ göre, devlet cebri icra faaliyetini bizzat yürütürken öncelikle alacaklının tatmini için hareket etmemekte, yani alacaklının alacağına ulaşması için önlemler almamakta, aksine devlet, toplumdaki hukuk düzenini korumayı ve borçluyu eğitmeyi amaçlamaktadır. Bu görüşün günümüz hukuk anlayışında kabul edilmesi mümkün değildir. İcra hukukunun öncelikli amacı ne borçlunun topluma kazandırılmasına çalışmak ne de borçlunun bu yolla eğitilmesidir⁷⁴. Bu görüşü savunanlar, icra hukukunun, kötüniyetli borçluyu hedef almaktan çok, mağdurun hakkının gerektiğinde zorla elde edilmesini hedeflediğini gözardı etmektedir⁷⁵.

Bir başka görüşe⁷⁶ göre, icra hukukunun amacı, cebri icraya başvurulması nedeniyle ortaya çıkan menfaat çatışmalarını makul bir şekilde uzlaştırmaktır. Bu amacı

⁷⁰ Böhm, Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und materielle Ausgleichsansprüche, 1971, s.45 (Aktaran:Rosenberg/Gaul/Schilken, s.2).

⁷¹ Alman takip hukuku sisteminde ilamsız icra yolu düzenlenmemiştir. Bizdeki ilamsız icraya benzeyen Mahnverfahren düzenlenmiş ise de, bunlar arasında farklılıklar vardır.

⁷² Rosenberg/Gaul/Schilken, s.2; Henckel, s.352.

⁷³ Bu görüş, sosyalist hukuk anlayışının geçerli olduğu eski Demokratik Alman Cumhuriyetinde kabul edilmekteydi (bkz. Ejder Yılmaz, Demokratik Alman Cumhuriyeti Medenî Yargılama ve Takip Hukukunun Anahatları, AÜHFD, 1980/1-4, s.355; Georg Brunner, Das neue Zivilprozessrecht der DDR, NJW 1977/5, s.180).

⁷⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.2.

⁷⁵ Yıldırım, M.K., s.1.

⁷⁶ Belgesay, s.10; Bilge Umar, İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir 1973, s.36. İcra ve iflâs hukukunun her şeyden önce, çatışan menfaatleri uzlaştırma amacını hedeflediğini belirten Umar, icra ve iflâs hukukunun sadece bu amaca hizmet etmediğini, bunun dışında icra ve iflâs hukukunun başka amaçlara da hizmet ettiğini belirtmektedir. Yazara göre icra ve iflâs hukukunun diğer amaçları olarak şunlar sayılabilir: kapitalin korunması, takip alacaklının tatminine engel olmak isteyen takip borçlusuna veya üçüncü kişilere karşı önlem alınması, gerçekte borçlu olmadığı halde kendisi aleyhine takip yapılan kişilerin korunması, yani kötü niyetli takiplere engel olunması, icra ve iflâs takibini yürüten görevlilerin bu işi tarafsızlıkla yapmalarını sağlamak için tedbirlerin alınması, takip içinde

gerçekleştirmek için icra normları, basit usullerle cebri icra vasıtaları sunmalıdır. Alacaklının, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerini uzlaştıramayan icra kuralları bu amaçtan uzaklaşmış olacaktır⁷⁷. Kanaatimizce icra hukukunun amacı çatışan menfaatleri uzlaştırmak değildir. Ancak cebri icra faaliyetini yürüten devlet organlarının bu menfaatleri mümkün olduğunca uzlaştırma görevi vardır. Zira kanun icra organlarına, alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin mümkün olduğunca uzlaştırılması görevini vermiştir (m.85, VI; m.114, II).

Diğer bir görüşe⁷⁸ göre, icra hukuku, devletin bu iş için oluşturduğu organlar vasıtasıyla alacaklının tatminine yönelmiştir. İcra hukukunun birinci derecedeki hedefi alacağın yerine getirilmesi için alacaklıya yardım edilmesidir⁷⁹. İcra hukukunun nihai amacı ise, alacaklının özel hukuktan kaynaklanan haklarının yerine getirilmesidir⁸⁰. Kanundaki bir çok maddeden⁸¹, cebri icra faaliyeti sonucunda alacaklının tatmininin hedeflendiği anlaşılmaktadır⁸². Zira icra takibinin bütün türleri cebri yollardan alacaklının tatminini sağlamak üzere, öncelikle alacağa odaklanmıştır⁸³. Devlet, alacaklının, borçlusuna karşı kuvvet kullanmasını yasaklamış ve cebri icra organlarını ihdas ederek, bu organlar vasıtasıyla alacaklıların tatminini sağlamaya çalışmaktadır. Bu nedenle, devletin cebri icra imkanlarına rağmen alacaklının alacağına ulaşamamış olması, icra hukukuna yönelik en ağır eleştiri olacaktır⁸⁴.

Bizim de katıldığımız görüşe göre, icra hukukunun amacı, bir taraftan maddî hukuktan kaynaklanan ve borçlunun kendi rızasıyla yerine getirmediği yükümlülüklerin

üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması, icra prosedürünün sade, çabuk ve ucuz bir şekilde yürütülmesi (Umar, s.36 vd.).

⁷⁷ Belgesay, s.10.

⁷⁸ Eberhard Wieser, Begriff und Grenzfaelle der Zwangsvollstreckung, Köln-Berlin-Bonn-München 1995, s.7; Gaul, Hukukun Esasları, s.36; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.1; Stein, s.6; Schönke/Baur/Stürner, s.2; Grunsky, s.1; Antoine Favre, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Freiburg 1956, s.10 (Almanca çeviren: E.Steiner); Lüke, W., s.378; Musielak, s.336; Henckel, s.314; Jauernig, s.1; Raatz, s.20; Kleybolte, Gerichtsvollzieher-Staatsorgan oder Vertreter des Gläubigers, NJW 1954/40, s.1471; Dieter Keip, Umfang und Grenzen eines sozialen Schuldnerschutzes in der Zwangsvollstreckung Hamburg 2000, s.17.

⁷⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.1.

⁸⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.2.

⁸¹ ZPO § 775/5, 803/1, 805/1, 807/1

⁸² Rosenberg/Gaul/Schilken, s.3.

⁸³ Gaul, Hukukun Esasları, s.36.

⁸⁴ Gaul, Hukukun Esasları, s.36.

yerine getirilmesini sağlamaktır, diğer taraftan ise bu vasıtayla hukuk düzeninin ve hukuk barışının korunmasıdır⁸⁵. Görüldüğü üzere icra hukuku tek bir amaca hizmet etmemektedir; bu nedenle, icra hukukunun kümülatif bir amacının olduğu söylenebilir. İcra hukukunun amaçlarından birisi, cebri icra organlarının yardımıyla alacaklının ihlal edilen hakkına kavuşturulmasıdır. Çünkü alacaklının ihlal edilen bu hakkını, kendiliğinden hak almanın yasak olması (TCK m.150) nedeniyle, bizzat kendisinin yerine getirmesi mümkün değildir. Dolayısıyla devlet, ihlal edilen hakların yerine getirilmesi için gerekli önlemleri almakla görevlidir. Bu noktada icra hukukunun diğer bir amacı ortaya çıkmaktadır. Bu da toplumdaki hukuk düzeninin korunmasıdır. Şayet devlet kendiliğinden hak almayı yasaklamasına rağmen, hakkı ihlal edilenler için gerekli önlemleri almazsa veya alınan bu önlemler yeterli, tatmin edici ve gerektiğince hızlı olmazsa, alacaklıların başka yollara başvurması söz konusu olabilecektir. Bu da toplumdaki hukuk düzeninin zarar görmesi sonucunu doğuracaktır. İşte bütün bu nedenlerle icra hukukunun birden fazla amaca hizmet ettiğini düşünüyoruz. Bu amaçlardan birisi, alacaklının haklarının yerine getirilmesidir, ancak bunun yanında, belki de bunun doğal sonucu olarak toplumdaki hukuk düzeninin korunmasıdır.

C. İCRA HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER

I. Cebri İcra Tekeli

Borçluların borçlarını kendiliğinden yerine getirecekleri varsayılır. Ancak borçlu yükümlülüğünü kendiliğinden yerine getirmezse, alacaklının hakkını elde edebilmek için zor kullanılması mecburiyeti doğacaktır. Borçlu tarafından yükümlülüklerin kendi rızasıyla yerine getirilmediği durumlarda, alacaklının kendi hakkını bizzat almaya çalışması suç kabul edilmiştir⁸⁶ (kendiliğinden hak alma yasağı TCK m.150)⁸⁷. Bu durumlarda hakların zorla yerine getirilmesi devletin görevidir⁸⁸.

⁸⁵ Spühler/Pfister, 1; Yıldırım, M.K., s.1.

⁸⁶ “... Davalı idarenin kendisine zarar iras edildiğini beyanla bunun karşılığını kendiliğinden tahsile kalkışması bizzat ihkakı hak mahiyetini arz eder ve böyle bir tasarrufu kanun himaye etmez...” (HGK 22.4.1959 3/19-5: İKİD 1964, s.2979).

⁸⁷ Bu suç 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlükten kaldırılacak olan TCK'nun 308.maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna karşılık 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan kanunda ise, bu suç ayrıca düzenlenmemiş, “Daha az cezayı gerektiren hâl” başlığı altında düzenlenmiştir. Nitekim maddenin gerekçesinde de buna işaret edilmiştir. Madde gerekçesi şu şekildedir: “... Kanunda, 765 sayılı TCK'nun

Kendiliğinden hak almanın yasak olması nedeniyle, devlet kendisine yapılan taleplerin gerçekleştirilmesini sağlamak için gerekli işlemleri yapmak ve önlemleri almak yükümlülüğünden kaçınmaz⁸⁹. Zira ihtiyaç duyulduğunda hakların zorla yerine getirilme imkanının bulunmadığı bir hukuk düzeninde, insanların ortak hayatlarının sürdürülmesindeki meşru zeminin kaybedilmesi tehlikesi vardır. Böyle bir durum, hukuk düzeninde zaafiyete yol açar⁹⁰; bunun sonucunda ise, ya hakkın yerine getirilmesinde zaafiyete neden olduğu için, bu alandaki otorite zayıflığını başka kaynaklar doldurmaya kalkabilir⁹¹ ya da taraflar arasındaki borç ilişkilerinin tabii borca dönüşmesine sebep olabilir⁹². Bu yüzden borcunu kendi rızasıyla yerine getirmeyenlere karşı zor kullanılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Şekli farklı olsa bile, eski hukuk düzenleri dahil, bütün toplumlarda zor kullanma vardır⁹³. Ancak günümüzde, bu zor kullanmayı, borçlarını yerine getirmeyen borçluları hedef alan bir zor kullanma kurumu olarak ele almak doğru değildir. Buradaki zor kullanmayı, mağdurun hakkının gerektiğinde devletin organları vasıtasıyla zorla elde edilmesi amacına yönelik hukukî korumanın bir aracı olarak görmek gerekir. Çünkü burada, sadece kaba bir şiddet değil, hukuk tarafından organize edilmiş ve hakların korunmasına yönelmiş bir araç söz konusudur⁹⁴. Ancak bu zor kullanmanın, hakkını elde edemeyen kişilere bırakılması da, en az zor kullanılarak hakkın elde edilememesi durumu kadar tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Çünkü hakkını kendi gücüyle almaya çalışan kişi, hakkını elde etmenin sınırlarını aşarak toplumsal düzenin ve barışın bozulmasına neden olabilir⁹⁵. Bunun için

308.maddesinde tanımlanan ve “ihkak-ı hak” veya “kendiliğinden hak alma” diye ifade edilen suç tanımına ayrıca yer verilmemiştir...”

⁸⁸ Ramazan Arslan, *Medenî Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, Ankara 1989, s.38; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.37; Spühler/Pfister, s.2; Hakan Pekcanitez, *İcra-İflâs Hukukunda Şikayet*, Ankara 1986, s.2; Berkin, s.9; Umar, s.206; Schönke/Baur/Stürner, s.2; Markus Geissler, *Das System des vollstreckungsinternen Rechtsschutzes*, JuS1986/4, s.280; Grunsky, s.1.

⁸⁹ Umar, s.206.

⁹⁰ Gaul, *Hukukun Esasları*, s.19; Kemal Arar, *İcra ve İflâs Hükümleri C:I*, Ankara 1944, s.3.

⁹¹ Ejder Yılmaz, *Cumhuriyetimizin Yetmişbeş Yılında Hukuk Usulü ve Muhakemeleri Kanunu'nda ve İcra ve İflâs Kanunu'nda Ortaya Çıkan Gelişmeler*, TBBD 1998/3, s.882.

⁹² Gaul, *Hukukun Esasları*, s.19.

⁹³ Ejder Yılmaz, *İflâs İdaresi*, Ankara 1976, s.11 vd.

⁹⁴ Gaul, *Hukukun Esasları*, s.20.

⁹⁵ Belgesay, s.9.

cebri icra faaliyetinin yürütülmesi münhasıran devlete aittir⁹⁶. Bu faaliyetin yürütülmesinin münhasıran devlete ait olması, kendiliğinden hak almanın yasaklanmasına dayanmaktadır⁹⁷. Devlet bunu cebri icra organları vasıtasıyla yerine getirir. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlulara karşı uygulanacak müeyyidenin devlet tarafından icra edilmesinin sebebi, devletin bu faaliyeti yaparken en uygun vasıtaları kullanacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır⁹⁸. Devletin, bu işi yaparken tarafsız bir şekilde hareket edeceği ve gereksiz şiddete başvurmayacağı kabul edilir⁹⁹. Zira cebri icra faaliyeti kötü niyetli borçluyu hedef alan bir cebir kurumu olmayıp, mağdurun hakkının gerektiğinde zorla elde edilmesini sağlayan hukukî korumanın bir aracıdır¹⁰⁰. Bireylerin kendi haklarını bizzat almalarına izin verilmiş olsaydı, hakkını arayan kişi gereksiz şiddete başvurabilir, hak aramanın yanında gereksiz kuvvet kullanılması söz konusu olabilir, bazen de hakkını arayan kişinin zayıf olması nedeniyle, hakkını elde edememesi ve kuvvetlinin haklı olması sonucu ortaya çıkarabilirdi. Bütün bunlar toplum düzeninin bozulmasına sebebiyet verecektir¹⁰¹. kendiliğinden hak almanın yasaklanmış olmasının nedenlerinden birisi de, toplumsal düzenin ve güvenin korunması düşüncesidir¹⁰².

Kanun koyucu kendiliğinden hak almaya bazı sınırlı hallerde açıkça izin vermiştir¹⁰³. Kanunda sayılan bu sınırlı durumların dışında bizzat kendiliğinden hak alma suç kabul edilmiştir (TCK m.150). Bu istisnalar da devletin zor kullanma bakımından münhasıran yetkili olduğunu göstermektedir¹⁰⁴. Devletin hak arayanlara bizzat kuvvet kullanmayı yasaklaması ve ancak cebri icra organları vasıtasıyla

⁹⁶ Hans Fritzsche/Hans Ulrich Walder-Bohner, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht* Band I, Zürich 1984, s.4; Schönke/Baur/Stürner, s.2; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.4; Peter Schlosser, *İcra Hukukunda Öncelik Prensibi ve Anayasadaki Eşitlik İlkesi*, HAD 1989/1-3, s.135, (çev. Nevhis Deren-Yıldırım); Belgesay, s.9; Wieser, s.9; Bruno Rimmelpacher, *Buchbesprechung, der von Othmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht München 1983, ZZP 1984/3, s.356.*

⁹⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.4.

⁹⁸ Postacıoğlu, s.4.

⁹⁹ Berkin, s.9; Belgesay, s.9.

¹⁰⁰ Gaul, *Hukukun Esasları*, s.22.

¹⁰¹ Belgesay, s.9.

¹⁰² Süha Tanrıver, *İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi*, Ankara 1996, s.33.

¹⁰³ Hukuka uygunluk sebepleri olarak adlandırılan istisnai hallerden bazıları şunlardır: Meşru savunma (BK m.52, I), zaruret hali (BK m.52, II), kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK m.52, III). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2003, s.562 vd.

¹⁰⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.4.

borçlulara karşı zor kullanılabilmesi esasını getirmesi, cebri icra organlarının yapmış olduğu işlem ve fiillere karşı bu kişilerin karşı koyamaması, bu işlem ve eylemlere karşı meşru müdafaa hakkının olmadığını da ifade eder¹⁰⁵.

Cebri icra tekeli, devletin hukukî koruma tekelinin bir parçasıdır. Devletin yargılama bakımından bu tekelden kısmen vazgeçmesi (yargılamada tahkime başvurulabilmesi) söz konusu ise de, burada da hakemler tarafından verilen kararların, ancak devlet mahkemeleri tarafından kontrol edilmesinden (Yargıtay tarafından onanması) sonra¹⁰⁶, hakem kararlarının yerine getirilmesi istenebilecektir; buna karşılık yargılama hukukundan farklı olarak, devlet icra faaliyeti bakımından kendi tekeli korumaktadır¹⁰⁷. Cebri icra faaliyeti bakımından tahkime benzer bir kurum getirilmemiştir, devletin bu sahadaki tekeli haklı olarak korunmuştur.

Cebri icra faaliyetinin devlet eliyle yürütülmesi ve faaliyetin yürütülmesi sırasında gerektiğinde borçluya karşı zor kullanılması, devletin kamu yetkisini kullanmasına dayanmaktadır. Yani burada, devletin gerektiğinde zor kullanmasının dayanağını kamu hukukundan doğan bir yetkinin kullanılması oluşturmaktadır¹⁰⁸. Esasen, normal şartlarda bir kişiye karşı zor kullanılması hukuka aykırıdır. Ancak burada, kamu hukukundan doğan bir yetkinin, ilgili memur veya kamu görevlisi aracılığıyla, kanun tarafından belirlenen şart ve sınırlar dahilinde kullanılması nedeniyle, artık bu zor kullanma hukuka aykırılık teşkil etmeyecek; hukuka uygunluk sebebi olacaktır¹⁰⁹.

İcra hukukunda devletin cebri icra tekelinin olması, devletin bu alandaki kamusal otoritesinin etkinliğini göstermektedir. Bu da inceleme konumuz bakımından icra hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü alanının daralması sonucunu doğurmaktadır.

¹⁰⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.4.

¹⁰⁶ Ancak milletlerarası tahkimde bunun istisnası vardır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 15.maddesine göre, hakem kararlarına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. İptal davası reddedilirse veya bu haktan feragat edilir yahut süresi içinde bu yola müracaat edilmezse, hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair bir belge verilir. Ancak milletlerarası tahkimde dahi, iptal davasına başvurulmamış olsa bile, hakem kararının icra edilebilir olduğuna dair belge verilirken, mahkeme, hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığını veya kararın kamu düzenine aykırı olduğunu tespit ederse, hakem kararının iptaline karar verir.

¹⁰⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.4.

¹⁰⁸ Eren, s.563.

¹⁰⁹ Eren, s.563.

II. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, kamu otoritesinin amaca ulaşmak için kullandığı aracın, ulaşılmak istenen meşru hedefe götürecekt en yumuşak araç olmasını ifade eder¹¹⁰. Bir başka anlatımla, ulaşılmak istenen amaca varmak için daha yumuşak, daha hafif bir araç varsa ve bu kullanılmamışsa, yapılan işlem veya eylem ölçülülük ilkesine uygun değil demektir. Aracın ulaşılmak istenen amacı mutlaka tam bir şekilde gerçekleştirmesi aranmamakta, amaca kısmen ulaşılması da bu ilkeye uyma bakımından yeterli sayılmaktadır¹¹¹.

Ölçülülük ilkesi daha çok anayasa hukuku alanında kullanılmakta, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması bakımından bir kriter olarak kabul edilmektedir. İcra hukukunda da borçlu aleyhine yürütülen takip sırasında, borçlunun hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olduğu için, bu ilke icra hukuku alanında da kullanılabilir¹¹². Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi, bazı içtihatlarında, bu ilkenin icra hukuku için de geçerli bir ilke olduğuna karar vermiştir¹¹³. Ancak bu ilkenin değişik hukuk alanlarındaki görünümü farklılık gösterebilir¹¹⁴.

Ölçülülük ilkesinin icra hukukunda kullanılmasına şüpheyle yaklaşanlar ve hatta itiraz edenler olmuştur. İtirazın temelinde, bu ilkenin maddî hukuka yabancı bir ilke olduğu ve maddî hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesi yolu olan icra

¹¹⁰ Eberhard Wieser, Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit in der Zwangsvollstreckung, ZZP 1985/1, s.51; Kamil Yıldırım, İcra Hukukunun Anayasa ile İlişkisi ve Ölçülülük İlkesi, HAD 1989/1-3, s.103; Stürner, Grundlinien der Entwicklung des deutschen Vollstreckungsrechts, DGVZ 1985/1-2, s.9.

¹¹¹ Meral Sungurtekin Özkan, İcra Hukukunda Oranlılık İlkesi, Turan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, s.178.

¹¹² Stürner, s.295.

¹¹³ BverfGE 42, 64 (Stürner, s.295'den naklen); Wieser, Verhältnismaessigkeit, s. 51; Scherf, s.90; Stürner, s.8.

¹¹⁴ Stürner, s.296; Nitekim ölçülülük ilkesinin genel işlem şartlarının denetlenmesi bakımından da kullanıldığı görülmektedir. Alman Genel İşlem Şartları Yasası (Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen) § 9, dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı tarafı ölçüsüz şekilde mağdur eden veya onun aleyhine hak ve borçlarda önemli bir dengesizlik meydana getiren hükümleri geçersiz saymıştır. Alman Hukuku'nda ahlaka aykırılığı düzenleyen BGB (Alman Medenî Kanunu) § 138'in işlevi, uygulama şartları ve hukukî sonuçları açısından birbirinden ayrıldığı çoğunlukla kabul edilmektedir. Genel İşlem Şartları Yasası'nın, sözleşmenin tek taraflı ele alınması nedeniyle taraflardan birinin ölçüsüz şekilde mağdur edilmesi hallerini denetlediği, ölçüsüzlük ilkesinin ise ahlaka aykırılığa nazaran daha önce devreye gireceği kabul edilmektedir (Bu konuda geniş bilgi için bkz.: Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 2001, s.160 vd).

hukukunda bu ilkenin kullanılmayacağı anlayışı yatmaktadır¹¹⁵. Anayasa hukuku alanında kullanılan ölçülülük ilkesinin borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiye uymayacağı ileri sürülmektedir. Cebri icra takibinde devletin borçlu ve alacaklı arasındaki bu ilişkiye müdahale etmesi, sadece alacaklının bizzat hakkını zorla kendisinin takip etmesinin yasak olmasından kaynaklanmaktadır. Yoksa ilişki yine alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkidir. Oysa ölçülülük ilkesi, vatandaş ile devlet arasındaki ilişkilerde uygulanan bir ilkedir¹¹⁶. Ancak artık buradaki ilişki sadece alacaklı ve borçlu arasındaki özel hukuk ilişkisi olmaktan çıkmış, bu ilişkiye alacaklının talebi üzerine devlet müdahale etmiştir. Bundan sonra icra takip işlemlerini bizzat devlet organlarının yaptığı unutulmamalıdır. Her ne kadar burada devlet, kendiliğinden hak alma yasak (TCK m.150) olduğundan alacaklının hakkına ulaşabilmesi için gerekli tedbirleri alıyorsa da, yine devlet burada kamu otoritesini kullanarak hareket etmektedir. Anayasa ilkelerinin doğrudan doğruya icra hukuku alanında uygulanması mümkün olmayabilir. Ancak bu ilkeler icra hukukunun temel prensipleriyle bir bütün halinde değerlendirildiğinde icra hukuku bakımından da anlamlandırılması mümkün olacaktır¹¹⁷. Bundan dolayı devlet burada da kendisi için anayasa tarafından öngörülen sınırlamalara, ilkelere uymak zorundadır¹¹⁸. Zira devlet kamu otoritesine dayanarak, borçluya karşı gerektiğinde kuvvet kullanmakta (m.80, II, III; m.81) hatta borçlunun özgürlüğünün sınırlandırılması mümkün olmaktadır. Bundan dolayı bu güç kullanmanın hiçbir ilkeye ve sınırlamaya tabi olmaması düşünülemez.

Diğer bir itiraz sebebi ise, bu ilke vasıtasıyla icra takibinin sürüncemede bırakılmasına neden olunabileceğidir. Böylece cebri icra takibi işletilemez hale getirilmiş olacaktır. Bu itiraza göre, ölçülülük ilkesi çerçevesinde getirilen kurallar veya icra takibi sırasında bu ilkeye uygun davranılması çoğu zaman icra takibinin felce uğraması sonucunu doğuracak ve icra takibi işlemez hale gelecektir¹¹⁹. Ancak bu doğru değildir. Zira icra takibinin yürütülmesi bakımından belirli kurallar öngörülmüştür ve bu kurallar çerçevesinde icra takibi yürütülmektedir. İcra hukuku, kuralların olmadığı ve sadece alacaklının her ne şekilde olursa olsun tatminini hedeflememektedir. Eğer icra

¹¹⁵ Jauernig, s.9.

¹¹⁶ Jauernig, s.9.

¹¹⁷ Özkan s.182.

¹¹⁸ Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.58.

takibini geciktiren veya bazen engelleyen kanun hükümleri olmasaydı, o zaman icra hukuku diye bir hukuk dalı söz konusu olmaz, eski dönemlerde olduğu gibi tamamen düzensizlik ve kuralsızlık olurdu. Bunun için icra hukuku alanında ölçülülük ilkesinin kullanılması icra takibini felce uğratmayacağı gibi, bu alan için ölçülülük ilkesi gerekli bir ilkedir¹²⁰. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, eğer yapılan işlem ölçülülük ilkesine uymuyorsa, ama ilkeye uyulması durumunda da alacaklının hiçbir şekilde tatmini mümkün olmuyorsa, artık bu durumda ölçülülük ilkesinin yumuşatılması veya göz ardı edilmesi mümkün olacaktır. Zira alacaklının hiçbir kusuru olmaksızın alacağını elde edememesi söz konusudur. Ölçülülük ilkesine dayanılarak, icra hukukunun temel fonksiyonunun ve görevinin ortadan kaldırılmaması gerekir¹²¹. Burada artık icra takibinin tamamen felce uğratılması ve icra hukukunun temel fonksiyonunu yerine getirememesi ile karşı karşıya kalındığından, bu gibi durumlarda buna sebebiyet vermiş olan borçlunun, kendi ihmalinin sonuçlarına katlanması gerekecektir. Örneğin kiralanan bir taşınmazın tahliyesinin söz konusu olduğu icra takibinde, borçlunun psikolojik rahatsızlığı sebebiyle tahliye durumunda, borçlu için uygun bir ev bulunamaması gibi sebeplerle hayati tehlike söz konusu ise, yapılan işlem, yani tahliye, ölçülülük ilkesine uygun olmayacaktır. Borçlunun bu durumu geçici ise, bir müddet beklenmesi gerekecek, beklenmezse ölçülülük ilkesi zedelenmiş olacaktır. Ancak borçlunun bu rahatsızlığının en azından kısa vadede düzelmesi mümkün değil ise, artık bu duruma borçlu kendisi sebebiyet verdiği için buna katlanması gerekecektir¹²². Doğal olarak borçlunun bu durumda bırakılması insani olmayacaktır. Ancak bu durumda devlet, sosyal devlet ilkesi gereği bu kişiler için gerekli önlemleri almalıdır.

İcra takibi sırasında ölçülülük ilkesine neden uyulması gerektiği sorusuna cevap verebilmek için, bu ilkeye uyulmaması halinde, icra takibinin ne tür zararlara yol açılabileceği ve icra takibi sırasında hak ve özgürlüklere nasıl müdahalelerin olabileceği üzerinde durulmalıdır. İcra takibi sırasında cebri icra organları tarafından bir çok icra takip işlemi yapılır. Yapılan icra takip işlemleri alacaklının tatminine yönelik olduğu için, bu işlemlerden borçlunun zarara uğraması ihtimali vardır. Örneğin borçlunun haczedilen malının açık artırmayla satılmasında, bu mal gerçek değerinin altında bir

¹¹⁹ Bu konudaki itirazlar için bkz.: Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.57 vd.

¹²⁰ Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.58.

¹²¹ Özkan s.200.

fiyata satılabilecektir. Bu da borçlunun zarara uğraması sonucunu doğuracaktır. Buna karşılık bu tür olaylarda, borçlunun zarara uğramaması için, ona tam bir şikayet veya itiraz hakkının tanınması ya da somut olayda borçlunun malının gerçek değeri üzerinden satılması yönünde kural getirilmesi cebri icra takibinin sonuçsuz kalmasına neden olacaktır. İşte burada, çatışan iki çıkar arasında bir dengenin kurulması gerekir¹²³. Bunun sınırını yarar-zarar dengesi içinde bulmak gerekir. İcra takip işlemi sonucunda uğranılan zarar, alacaklının elde edeceği yarara kıyaslanınca daha hafif kalıyorsa bu işleme izin verilmelidir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında müdahalenin neden olacağı zarar ile bu müdahale sonucu hedeflenen ve elde edilmesi muhtemel olan sonucu karşılaştırmaktadır¹²⁴. Bir başka deyişle, icra takip işleminin yapılması sonucu borçlunun uğrayacağı zarar ile, işlemin yapılmaması nedeniyle alacaklının elde edemeyeceği yarar, dolayısıyla katlanmak zorunda kalacağı zarar karşılaştırılmalı ve buna göre işlemin yapılıp yapılmaması bakımından bir denge kurulmalıdır.

Burada şu soru akla gelebilir: Acaba borçlunun icra takibi sonucu uğradığı zararlar göz ardı edilmek zorunda değil midir? Zira borçlu bu duruma kendisi sebebiyet vermiştir. Eğer borçlu borcunu zamanında ve borcuna uygun bir şekilde yerine getirmiş olsaydı, kendisi aleyhine herhangi bir icra takibi yürütülmeyecek, böylece bir zarara uğraması da söz konusu olmayacaktı. Her ne kadar borçlu bu duruma kendisi sebebiyet vermiş olsa bile, alacaklının sınırsız bir şekilde borçlunun mal varlığına müdahale hakkının varlığı ve borçlunun buna katlanması gerekliliği kabul edilemez. Modern sosyal devlet ilkesi, borçlunun, icra takibi sonucu ekonomik varlığının ortadan kalkmasına izin vermemektedir¹²⁵. Borçlunun uğrayacağı zarar ile alacaklıya sağlanacak menfaatin ölçüsüz olmasını hukuk düzeni kabul etmez¹²⁶. Borçlunun sınırsız bir şekilde bütün malvarlığının haczine izin verilmesi, onun ekonomik varlığının ortadan kaldırılması, toplum menfaatleriyle de bağdaşmaz. Kendisine, hayatını devam ettirmesi ve ekonomik faaliyetini sürdürmesi için gerekli imkanlar bırakılmayan borçlu, toplum düzenini bozmaya yönelebilir. Bu durum ise, icra hukukunun amacına da aykırı

¹²² Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.75.

¹²³ Stürner, Grundlinien, s.9.

¹²⁴ Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s. 52 (NJW 77, s.1492).

¹²⁵ Lüke, W., s.381.

¹²⁶ Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.56.

olacaktır¹²⁷. Cebri icra takibi sonucunda toplum düzeninin bozulmasına sebebiyet verilmemelidir¹²⁸.

Kanun bazı durumlarda borçluya cebri icra takibi sırasında yükümlülükler getirmiştir. Bu yükümlülüklere aykırı davranılması halinde ise, yaptırımlar öngörmüştür. Bu yaptırımlar bazen borçlunun hürriyetini kısıtlayacak nitelikte de olabilmektedir. Örneğin borçlu mal beyanında bulunma yükümlülüğünü yerine getirmez ise, hapisle tazyik edilmesi söz konusu olacaktır (m.76). Buradaki oldukça ağır görülebilecek yaptırım Alman Anayasa Mahkemesi tarafından ölçülülük ilkesine aykırı bulunmamıştır. Çünkü mahkemeye göre, borçlu mal beyanında bulunma yükümlülüğünü herhangi bir zorluk olmaksızın kolayca yapabilecek, bunun kendisi için herhangi bir olumsuz sonucu olmayacak ve bunun sonucunda böyle bir yaptırımın kendisi aleyhine uygulanmasına engel olabilecektir. Borçlu böyle bir yükümlülüğü yerine getirmiyorsa, artık onun korunması da söz konusu olmayacak ve kanunun öngördüğü sonuçlara katlanacaktır. Denilebilir ki, borçlu herhangi bir zorlukla karşılaşmaksızın icra takip işlemine engel olabilecek durumda ise, o zaman yapılan işlem ölçülülük ilkesine aykırı sayılmayacaktır¹²⁹.

Ölçülülük ilkesinin kullanılması gereken bir başka önemli nokta ise, borçlunun yapılan icra takibine karşı direnmesi durumunda zor kullanmanın söz konusu olmasıdır. Borçluya karşı kuvvet kullanılması, sadece alacaklının tatminini amaçlamamakta, aynı zamanda devletin cebri icra organlarının yaptıkları faaliyete engel olunmasının önüne geçilmesini de amaçlamaktadır. Burada ölçülülük ilkesinin zedelenip zedelenmediğini incelemek için, bu müdahalenin borçlunun sağlığı veya hayatı üzerinde ciddi bir tehlike oluşturup oluşturmadığına bakmak gerekir. Bu müdahale borçlunun sağlığı veya hayatı için ciddi tehlike oluşturuyorsa müdahalenin ölçülülük ilkesini zedelediği söylenecektir¹³⁰.

Esasen ölçülülük ilkesinin icra hukukuna uygun bir ilke olmadığı yönündeki itirazlar gereksizdir. Zira kanun koyucu her ne kadar adını açıkça koymuş olmasa dahi

¹²⁷ Bkz. yuk. § 2-B.

¹²⁸ Belgesay, s.9.

¹²⁹ Özkan s. 189; Stürner, Grundlinien, s.9; Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.56.

¹³⁰ Wieser, Verhaeltnismaessigkeit, s.79.

bir çok maddede ölçülülük ilkesini öngörerek düzenleme yapmıştır¹³¹. Elbette bunlar olması gereken hukuk bakımından eleştirilebilir. Ancak bu ilkenin icra hukuku alanında hiç dikkate alınamayacağını ve icra hukukunun bünyesine uygun olmadığını ileri sürmek mümkün değildir.

İcra hukukunda ölçülülük ilkesini kim gözetecektir? Bu ilkenin icra hukuku anlamında uygulanmasından kim sorumludur? Ölçülülük ilkesinin icra hukuku alanındaki etkisi bakımından öncelikle kanun koyucuya görev düşmektedir. Kanun koyucu icra hukukuna ilişkin yasal düzenleme yaparken bu ilkeyi gözetmeli, kanunu uygulamakla görevli olanlara somut olay için yönlendirici noktalar vermelidir¹³². Kanunu uygulamakla görevli olan icra memurları kanunun düzenlemesi çerçevesinde ölçülülük ilkesini uygulamakla yükümlüdür. İlgililerin buna ilişkin bir şüphesi varsa şikayet yoluna başvurabileceklerdir¹³³. Zira icra memurlarının kanunu uygulamaması şikayet sebebidir (m.16). Ancak kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa bile, icra müdürünün yaptığı işlemlerde ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. Zira kanun, icra müdürüne taraflar arasındaki menfaat dengesini gözetme yükümlülüğünü vermiştir (Bkz. örneğin: m.85, VI; m.114, II).

III. Tasarruf İlkesi-Resen Harekete Geçme İlkesi

Tasarruf ilkesi, tarafların maddî hukuktaki tasarruf hak ve yetkilerinin usul hukukundaki¹³⁴ ve dolayısıyla aynı zamanda icra hukukundaki yansımasıdır¹³⁵. Maddî hukuktan kaynaklanan tasarruf yetkisi, taraflar arasında uyuşmazlık çıktığında usul hukukunda¹³⁶ ve icra hukukunda da devam etmektedir. Tasarruf ilkesinin icra hukukunda (ilamlı icra bakımından) geçerli olduğunu m.35 açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu maddede, ilamlı icra takibinin, ilamın, icra dairesine verilmesiyle

¹³¹ Örneğin hacizde tertip esası, haczi caiz olmayan mal ve haklar (m.82) ile kısmen haczi caiz olan mal ve hakların (m.83) öngörülmüş olması, haczi koyan icra müdürünün borçlu ile alacaklının menfaatlerini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükellef olması (m.85, VI), ihalede hem birinci (m.115) hem de ikinci açık artırmada (m.116) asgari bir bedelin aranması .

¹³² Özkan s.197.

¹³³ Özkan s.199.

¹³⁴ Walther Burckhardt, Der Vertrag im Privatrecht und im Öffentlichen Recht, Bern, (t.y.), s.74; Taşpınar, s.94.

¹³⁵ Stürner, s.298.

başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu ilkenin ilamsız icrada da geçerli olduğunu m.58 ve m.60'ın birlikte değerlendirilmesinden çıkarabiliriz. İİK m.58'e göre takip talebi icra dairesine verilir. Kanununun 60. maddesine göre ise, takip talebini alan icra dairesi borçluya ödeme emri gönderir. Bu iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden anlaşılacağı üzere alacaklının takip talebi olmadan icra dairesi tarafından ödeme emrinin gönderilmesi ve icra takibinin başlaması söz konusu değildir. Bu ilke tarafların icra takibindeki etkinliğini ve egemenliğini ortaya koymaktadır.

İcra hukukunda taraf iradesinin egemenliği vardır¹³⁷. İcra takibini başlatabilecek olanın alacaklı olması sebebiyle, alacaklı icra takibinin efendisi (der Herr des Vollstreckungsverfahrens) olarak nitelendirilmektedir¹³⁸. Bunun sonucu olarak icra sürecini harekete geçirecek olan ve bazı durumlarda icra takibini sona erdirecek olan tarafların iradesidir¹³⁹. İcra faaliyetini bizzat devletin cebri icra organları yürütür, ancak cebri icranın başlaması ve devam etmesi tarafların iradesine bırakılmıştır¹⁴⁰. Cebri icra organlarının kendiliğinden icra sürecini başlatmaları ve bu süreci devam ettirmeleri söz konusu değildir; cebri icra organları, alacaklı veya borçlunun talebiyle bağlıdır¹⁴¹.

Taraflar gerek icra sürecinin tamamında gerekse icra sürecinin belirli aşamalarını etkileyen faaliyetlerde tasarruf yetkisine sahiptirler. Cebri icra faaliyetinin tamamını etkileyen tasarruf olarak, icra takibinin ancak alacaklının takip talebiyle başlaması¹⁴² (m.58) ve takibin alacaklının talebini geri almasıyla sona ermesi

¹³⁶ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özeker, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2004, s.190.

¹³⁷ LG Augsburg 27.7.1993 –5T 2290/93- DGVZ 1993/12, s.189; Schiedermaier, s.83; Bohn, s.24; Brox/Walker, s.4; Stürner, s.294; Blomeyer, s.68; Eberhard Wieser, *Die Dispositionsbefugnis des Vollstreckungsgläubiger*, NJW 1988/11, s.665.

¹³⁸ Wieser, *Dispositionsbefugnis*, s.665; Schiedermaier, s.83; Brox/Walker, s.4; Blomeyer, s.68.

¹³⁹ Stein, s.9; Lüke, W., s.378; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.67; Grunsky, s.17; Stürner, s.298; Wieser, s.8; Rinck s.79; Schiedermaier, s.83; Schug, s.65; Wieser, *Dispositionsbefugnis*, s.665; Wagner, s.739; Adolf Schönke/Fritz Baur, *Zwangsvollstreckungs- Konkurs- und Vergleichsrecht*, Karlsruhe 1969, s.29; Brox/Walker, s.127.

¹⁴⁰ Schlosser, s.135; Postacıoğlu, s.123; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.135; Kuru, s.208; Üstündağ, s.99; Kuru, *El Kitabı*, s.173; Yıldırım, M.K., s.44; Timuçin Muşul, *Teorik ve Uygulamalı İcra ve İflâs Hukuku I*, İstanbul 2001; s.236.

¹⁴¹ Grunsky, s.17.

¹⁴² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.135; Umar, s. 2; Kuru, *El Kitabı*, s.173; Kuru, s.208; Berkin, s.178; Gürdoğan, s.31; Postacıoğlu, s.123; Üstündağ, s.99; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band:2, München 2000, §753; Lüke, W. s.378; Stürner, *Grundlinien*, s.11; Gaul, *Zulaessigkeit*, s.348; Behr, s.122; Bohn, s.24; Wieser, s.8; Schönke/Baur/Stürner, s.122; Blomeyer, s.68; Stürner, s.298; Wieser, *Dispositionsbefugnis*, s.666; Muşul, s.236. Hem icra hem de iflâs takipleri takip talebiyle başlar.

gösterilebilir. Alacaklının talebiyle başlayan icra takibinin ilerletilmesinde de, yine alacaklının talebi rol oynamaktadır¹⁴³. Alacaklı takibini devam ettirmek zorunda değildir. Borçlunun muvafakati olmaksızın takibini geri alabilir¹⁴⁴. Takibin şeklini ve çerçevesini alacaklının talebi belirler. Cebri icra faaliyetinin kimin aleyhine yürütülmesi gerektiği de alacaklının takip talebiyle belirlenir¹⁴⁵. İcra takibi başladıktan sonra, alacaklı ile borçlunun anlaşarak, icra takibinin belirli bir süre ertelenmesini sağlamaları mümkündür. Böyle bir sözleşmenin yapılmasından sonra, bu süre içerisinde, borçlu aleyhine başlatılan icra takibine devam edilmesi söz konusu olmayacaktır. Yine alacaklı ile borçlunun taksitle ödeme sözleşmesi (m.78, II; m.111, III) yapması halinde, tarafların iradesiyle icra takibinin devamı belirli bir süre veya tamamen engellenmiş olur.

Borçlu ise, kendisine gönderilen ödeme emri üzerine, borcunu ve takip masraflarını ödeyerek takibin devamına engel olabilir¹⁴⁶. Borçlu, genel haciz yolu ile takipte kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz ederek takibin devamına engel olabilir (m.66, I). Alacaklı takibin devam etmesini istiyorsa, borçlunun itirazını ortadan kaldırtmalıdır (m.67, 68).

İcra takibi başladıktan sonra, taraflar icra sürecinin ilerlemesinde de etkilidirler. Ödeme emri kesinleşmiş olsa dahi, alacaklının talebi olmaksızın borçlunun malları haczedilemez (m.78, I), aynı şekilde icra organları alacaklının (veya borçlunun) talebi olmaksızın, kural olarak, hacizli malların satışını kendiliğinden yapamaz (m.106, I). Bu kuralın istisnası pazarlık suretiyle satışır (m.119).

Borçlunun da takip sürecine etkisi olmasına rağmen, alacaklının etkinliği daha fazladır. Alacaklı, alacağının bir kısmı için takip yapabilir, tamamını takibe zorlanamaz¹⁴⁷. Yasal çerçevede kalmak üzere istediği takip yolunu seçebilir.

Bunun yanı sıra tasarruf ilkesinin geçerli olduğu alanlarda, alacaklı ve borçlunun icra sürecini etkileyen sözleşmeler (icra sözleşmeleri) yapmaları

Takiplerin, takip talebiyle başlaması zorunluluğunun istisnası doğrudan doğruya iflâs hallerinde görülmektedir. (m.177 vd.).

¹⁴³ Schiedermaier, s.83; Umar, s. 2; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.67.

¹⁴⁴ Kuru, El Kitabı, s.181; Muşul, s.236; Kuru, s.222; Wieser, Dispositionsbefugnis, s.666; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.142.

¹⁴⁵ Wieser, Dispositionsbefugnis, s.666.

¹⁴⁶ Stürner, s.298; Postacıoğlu, s.129.

¹⁴⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.137; Grunsky, s.17; Kuru, El Kitabı, s.176; Kuru, s.214.

mümkündür¹⁴⁸. Esasen tarafların, icra sözleşmesi yapabilmesi bakımından, icra hukukundaki en önemli dayanak noktası, icra hukukunda geçerli olan tasarruf ilkesidir. Tarafların icra takibinde tasarrufu egemen olduğuna göre, bu sürece etki edecek şekilde sözleşme yapmalarına da bir engel olmamalıdır.

İcra süreci içerisinde taraf egemenliğinin üstünlüğü olmasına rağmen, bazı durumlarda icra organlarının resen hareket etmesi imkanı kanun tarafından öngörülmüştür. Kural olarak alacaklının talebi olmaksızın icra müdürünün, borçlunun mallarını haczetmesi mümkün değildir. Ancak icra müdürü, satış sonrası elde edilen paranın alacakların tamamını ödemeye yetmediğini tespit etmesi üzerine, herhangi bir talebe gerek olmaksızın kendiliğinden borçlunun haczedilebilen diğer mallarını haczetmesi mümkündür (m.139). Buna tamamlama haczi denir. Tamamlama haczinden sonra icra müdürü, haczedilen bu malların satışını da herhangi bir talebe gerek olmaksızın resen yapar (m.139).

Tamamlama haczine rağmen alacakların tamamı karşılanamıyorsa, icra müdürü yine herhangi bir talebe gerek olmaksızın resen sıra cetveli düzenleyecektir (m.140).

İcra müdürü, satış sonrası elde edilen paraların paylaşılmasını da resen yapar. Paraların paylaşılması için alacaklının bir talepte bulunmasına gerek yoktur (m.138, I).

IV. Dürüstlük İlkesi

Medenî Kanun'un 2.maddesinde yer alan dürüstlük temel kuralı, sadece medenî hukuk alanında etkisini gösteren bir ilke olmayıp, bütün hukuk alanlarında etkili olan genel bir ilkedir¹⁴⁹. Bunun için dürüstlük ilkesinin icra hukuku alanında da geçerli bir ilke olarak kabul edilmesi gerekir¹⁵⁰. İcra hukuku alanında da dürüstlük kuralının, keyfiliği önleme anlamında, sınırlandırıcı ve düzeltici işlevine gereksinim vardır.

¹⁴⁸ Brox/Walker, s.127; Stürner, s.302; Wieser, Dispositionsbefugnis, s.665.

¹⁴⁹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.24; Folker Bittmann, Treu und Glauben in der Zwangsvollstreckung, ZZP 1984/1, Band: 97, s.39; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.215; Umar, s.221; Abdurrahim Karlı, Medenî Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, s.195 vd; Belgesay, s.18.

¹⁵⁰ Bittmann, s.39, 46; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.24, s.135; Hochgraefe, s.60; Schiedermaier, s.146; Rinck, s.67; Schneider, s.133; LG Bremen, 3.Zivilkammer, Beschluss vom 29.6.1951, 3 T 343/51, MDR 1951/12, s.752.

Dürüstlük kuralı bütün hukuk düzeninin ortak bir ilkesi olmasına rağmen, bu ilkenin uygulaması, uygulandığı hukuk alanına göre farklılık gösterir¹⁵¹. Bu genel ilke hakime, hukukun uygulanmasında yol gösterici olmaktadır. Kanun koyucu, genel bir düzenlemeyle, dürüstlük kuralına aykırı her türlü davranışa engel olabilme imkanı sağlamıştır¹⁵². Dürüstlük kuralı, icra hukuku bakımından, bu prosedür çerçevesinde bir hukuk kuralının kötüye kullanılmasını önlemeye ya da kötüye kullanma gerçekleşmişse sonucunu ortadan kaldırmaya yarayabilir¹⁵³.

Ancak bu ilke İcra ve İflâs Kanunu'muzda açıkça düzenlenmemiştir. Kanun koyucu açıkça dürüstlük kuralını düzenlememiş olmasına rağmen, bazı maddelerin içeriğinden bu ilkenin göz önünde bulundurulduğu anlaşılmaktadır. İcra ve İflâs Kanunu'nda dolaylı olsa bile bu şekilde düzenlemeler varsa, öncelikle bu hükümlerin uygulanması gerekir. Herhangi bir konuda dürüstlük kuralına aykırı davranışı önleyecek özel bir düzenleme İİK'da yer almıyorsa, TMK m.2'nin uygulanması gerekecektir¹⁵⁴.

Takip hukuku bakımından hem takip yapan alacaklının hem de kendisi aleyhine takip yapılan borçlunun, aynı zamanda takibi yapan icra memurlarının dürüstlük kuralını ihlal etmemesi gerekir¹⁵⁵. Alacaklının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, kötü niyetle takip yapması veya takip borçlusunun kötü niyetle takibe karşı itiraz etmesi, kanunda çeşitli yaptırımlarla karşılanmıştır¹⁵⁶.

Bazı durumlarda icra takibi üçüncü kişilerin hukukî statüsünü de etkileyebilir. Örneğin borçluya ait zannedilerek üçüncü kişinin malı haczedilmiş olabilir. Borçluya ait zannedilerek malı haczedilen üçüncü kişi (haczedilen malın borçlunun elinde olması durumunda), istihkak davası açabilir (m.97, VI). Açılan bu davada üçüncü kişi iyi niyetli değilse, davanın sadece satışı geciktirmek için açıldığını gösteren ciddi sebepler

¹⁵¹ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.24.

¹⁵² Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.26.

¹⁵³ Umar, s.220; Belgesay, s.18.

¹⁵⁴ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.36; Umar, s.221.

¹⁵⁵ Berkin, s.11.

¹⁵⁶ Örneğin takip yapan alacaklı, borçlunun itirazı üzerine itirazın iptali davası açmış ve davası reddedilmişse, takibinde haksız ve kötü niyetli görülen alacaklı, reddolunan alacak miktarının yüzde kırkıdan aşağı olmamak üzere bir tazminata mahkum edilir. Buna karşılık dava sonucunda borçlunun itirazının haksızlığına karar verilirse, borçlu hükmolunan borç miktarının yüzde kırkıdan az olmamak üzere tazminata mahkum edilir (m.67, II). Aynı şekilde takip borçlusu menfi tespit davası açar ve davayı kazanırsa, borçlu tazminat talep etmişse, alacaklının haksız ve kötü niyetle takip yapmış olduğunun ortaya

varsa, icra mahkemesi hakkın kötüye kullanılması yoluyla takibin geciktirilmesine izin vermeyecek, takibin devamına karar verecektir (m.97, II)¹⁵⁷. Açılan bu davaya, alacaklı veya borçlu kötü niyetle itiraz etmişse, haczolunan malın değerinin yüzde onbeşinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilir (m.97, XIV).

Alacaklı kambiyo senetlerine özgü haciz yoluyla takip yapıyorsa, borçlunun itirazı satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmayacaktır (m.169 ve m.170, I). Borçlu takip alacaklısının dayandığı kambiyo senedindeki imzaya itiraz ederse, icra mahkemesi, imza incelemesi yapar. İcra mahkemesi tarafından yapılan bu inceleme sonunda imzanın borçluya ait olmadığı sonucuna varılır ve takip alacaklısının kötü niyetli veya ağır kusurlu olduğu anlaşılırsa, takip alacaklısı, takip konusu alacağın yüzde yirmisinden az olmamak üzere para cezasına mahkum edilir (m.170, IV). Bu maddeden de anlaşıldığı üzere, kanun koyucu, dürüstlük kuralına uymayan takip yapılmasına izin vermek istememektedir. Buradan, takip yapmak isteyen bütün alacaklıların dürüstlük kuralına uyması gerektiği dolaylı olarak çıkarılabilmektedir¹⁵⁸.

İcra takibinde, borçlunun haczedilen mallarının ihale yoluyla satılmasında artırmaya fesat karıştırılması, ihalenin feshi sebebi sayılmıştır (m.134). Artırmaya (ihaleye) fesat karıştırılması, artırma öncesi veya artırma sırasında yapılan işlemler veya davranışlarla, artırmanın doğal gidişatını olumsuz yönde etkileme anlamına gelir¹⁵⁹. Yani ihaleye fesat karıştırılması, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde, ihaleyi etkileyecek davranışlarla, artırma sonucuna olumsuz etkide bulunma anlamına gelir¹⁶⁰. İhaleye fesat karıştırma, ihaleyi yöneten tarafından veya borçlu tarafından ya da artırmaya katılanlar tarafından yapılmış olabilir¹⁶¹. Ancak sonuç olarak ihaleye fesat karıştırılması dürüstlük kuralına aykırıdır ve ihalenin feshi sebebidir.

İİK m.277-284'te düzenlenen iptal davası, borçlunun dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde (alacaklılarını zarara uğratma amacıyla) yapmış olduğu tasarrufların, daha

çıkması üzerine, haksızlığı anlaşılan takip konusu alacağın yüzde kırkıdan az olmamak üzere tazminata hükmedilir (m.72, V).

¹⁵⁷ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.139.

¹⁵⁸ Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.140.

¹⁵⁹ Arslan, s.137; İİK m.134, II, BK m.226'ya atıf yapmaktadır. Bu maddede, kanuna veya ahlaka aykırı tertiplerle ihaleye fesat karıştırılması ihalenin feshi sebebi sayılmıştır.

¹⁶⁰ Arslan, s.139; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.140.

¹⁶¹ Arslan, s.139 vd.

sonra alacaklının açacağı dava ile iptali imkanını vermektedir. Borçlunun dürüstlük ilkesine aykırı bir şekilde alacaklılarını zarara uğratmasına kanun izin vermemektedir¹⁶².

İcra mahkemesinin verdiği karar, icra takibini uzatmak için kötü niyetle temyiz edilmişse, bu kişi para cezasına mahkum edilir (m.363, III-HUMK m.422).

Yargıtay uygulamasından da dürüstlük kuralının icra hukuku alanında geçerli bir ilke olduğu anlaşılmaktadır¹⁶³.

V. Uygunluk İlkesi

Bu ilke doktrinde tam olarak kabul görmüş değildir. Bazı yazarlar¹⁶⁴ bu ilkeyi ölçülülük ilkesi altında değerlendirirken, bazıları¹⁶⁵ da bunu ayrı bir ilke olarak değerlendirmektedir. İcrada bir araç amaca ulaşmak için ölçülü olabilir; ama amaca ulaşma bakımından uygun bir araç olmayabilir. Ölçülülükte esas olan amaca ulaşmak için kullanılan aracın en hafif araç olmasıdır. Uygunluk ilkesi ise, kullanılan aracın amaca ulaşmak için uygun, amaca götürebilecek nitelikte bir araç olmasını ifade eder. Örneğin borçlunun herhangi bir malının haczedilmesi ölçülü olabilir, ama bu haciz işlemi uygun olmayabilir. Eğer haczedilen bu malın ekonomik olarak önemli bir değeri yoksa haciz işlemi uygun olmayacaktır.

İcra hukuku bakımından uygunluk ilkesi, yapılan müdahalenin hukuken korunan ve gerçekleştirilmek istenen amaca uygun olmasını ya da bozulan hukukî düzeni tekrar sağlamaya uygun olmasını ifade eder. Nitekim kanunumuz, malın satış sonucu elde edilecek hasılatının paraya çevirme masraflarını ve gerektiğinde muhafaza, idare masraflarını geçmeyeceğinin anlaşılması durumunda bu malın haczedilemeyeceğini öngörmüştür (m.85, V). Kanun koyucu, bu durumda artık malın haczedilmesinin uygun olmamasından dolayı bunu yasaklamıştır¹⁶⁶. Zira artık malın satışından alacaklının bir şey elde etmesi söz konusu olamayacak, satış sonucu, sadece yapılan işlemlerin giderleri ancak karşılanabilecektir. Alacaklının talebinin hiçbir şekilde karşılanamamasından dolayı bu haciz uygun olmayacaktır. Böyle bir haciz yapılması karşısında borçlu şikayet yoluna başvurabilecektir. Buna benzer şekilde, eğer

¹⁶² Berkin, s.12; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.140.

¹⁶³ Konuya ilişkin Yargıtay kararı örnekleri için bkz.: Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.142-145.

¹⁶⁴ Yıldırım, Ölçülülük, s.110; Özkan, s.178.

¹⁶⁵ Eberhard Wieser, Der Grundsatz der Geeignetheit in der Zwangsvollstreckung, ZJP 1985/4, s.427.

¹⁶⁶ Alman Medenî Usul Kanununda yer alan aynı yönde bir hüküm için bkz. ZPO § 803/2.

haciz uygun olmasına rağmen, yani haciz esnasında tespit edilemeyen veya sonradan ortaya çıkan bazı sebeplerle hacizli malın satışa çıkarılmasının başarısız olacağı açıkça anlaşılıyorsa, alacaklının satış talebinin reddedilmesi gerekir. Böyle bir satış talebinin kabul edilmesi uygunluk ilkesine aykırı olacaktır¹⁶⁷.

İcra faaliyetinde yapılan işlemlerin uygun olması hem borçlu hem de alacaklı bakımından önem arz etmektedir. İcra faaliyetinde, icra takip işlemlerini yapma yetkisini elinde bulunduran devletin, takip sırasında almış olduğu önlemlerin uygun olması gerekir ki, takip talebinde bulunan kişi sonuçta alacağını elde edebilsin. Zira devlet, alacaklıya kendi hakkını bizzat almasını (kendiliğinden hak alma) yasaklamıştır. Bu yasaklama nedeniyle devlet, uygun önlemleri yerine getirerek, alacaklının hakkını elde etmesine yardım edecektir¹⁶⁸. İcra organlarının alacaklının talebini karşılamaya uygun önlemleri alması, kendiliğinden hak almanın yasak olması nedeniyle, kamu yararı bakımından da önemlidir¹⁶⁹. İcra organlarının uygun önlemleri almamaları, takip alacaklısının takip sonunda alacağını hiç elde edememesi veya gerektiği gibi elde edememesi sonucunu doğurur. Ancak alınan önlemlerin uygun olduğunu kabul edebilmek için, bu önlemler sonucunda alacağın tam olarak karşılanması zorunlu olmayıp, kısmen karşılanma durumunda da uygunluk ilkesi yerine getirilmiş olur. Alınan önlemler veya yapılan işlemler sonucunda alacağın mutlaka tam olarak karşılanması aranırsa, alacaklının daha kötü bir duruma düşürülmesi söz konusu olacaktır¹⁷⁰. Diğer taraftan yapılan işlem borçlu bakımından da uygun olmalıdır. İşlemin borçlu bakımından uygun olmaması, onun hukuka uygun olmayan bir şekilde zarara uğratılmasına ve borçluya ekstra bir külfet yükletilmesine sebep olacaktır.

D. İCRA HUKUKUNDAKİ İLİŞKİLER

Cebri icra sürecinin başlamasından sonra cebri icra faaliyetine mahsus üçlü bir ilişki ortaya çıkar. Artık buradaki ilişki sadece alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki olmaktan çıkmıştır. Bu kişilerin arasındaki ilişkiye, alacaklının talebi üzerine devlet de

¹⁶⁷ Wieser, Geeignetheit, s.439.

¹⁶⁸ Wieser, Geeignetheit, s.430.

¹⁶⁹ Wieser, Geeignetheit, s.431.

¹⁷⁰ Wieser, Geeignetheit, s.430.

dahil olmuş, ortaya üçlü bir ilişki çıkmıştır¹⁷¹. Taraflar arasındaki bu ilişkiye devlet cebri icra organları vasıtasıyla katılmaktadır¹⁷². Devletin bu ilişkiye katılması kendiliğinden hak almayı önlemeye ve hukukî istikrarı korumaya yöneliktir¹⁷³.

Taraflar arasındaki icra hukuku ilişkisi, daha önce tarafların aralarında var olan maddî hukuk ilişkisiyle özdeş değildir¹⁷⁴. Alacaklının icra dairesine yapacağı takip talebiyle yeni bir ilişki ortaya çıkar. Bu da cebri icra ilişkisidir¹⁷⁵.

Devlet taraflar arasındaki çıkar çatışmasında ancak alacaklının talebi üzerine yer almaktadır ve borçlunun mal varlığı üzerinde bazı önlemler uygulayarak bu ilişkiye dahil olmaktadır¹⁷⁶. Devletin cebri icra ilişkisinde yer alması, alacaklının yetkili icra dairesine başvurmasıyla meydana gelir. Ancak devletin bu ilişkiye dahil olması alacaklı ile borçlu arasındaki cebri icra ilişkisinin inkar edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Örneğin alacaklı ile borçlunun icra sözleşmesi yapma imkanlarının olması alacaklı ile borçlu arasındaki icra ilişkisini ortaya koymaktadır¹⁷⁷.

I. Alacaklı ve Devlet İlişkisi

İcra hukukunda alacaklı ile devlet arasındaki hukukî ilişki, alacaklının yetkili icra dairesine takip talebiyle başvurması üzerine ortaya çıkar¹⁷⁸. Bundan dolayı burada devlet ile alacaklı arasında müracaat ilişkisinden (Antragsverhaeltnis) söz edilebilir¹⁷⁹. Zira cebri icra faaliyetine başlanabilmesi için mutlaka bir müracaatın (talebin) olması gerekir. Cebri icra organlarının kendiliğinden (resen) başlatabilecekleri bir icra takibi söz konusu değildir¹⁸⁰. Alacaklının, hakkının yerine getirilmesine yönelik talebi devlete (devletin icra faaliyetini yürütmek üzere oluşturduğu cebri icra organlarına)

¹⁷¹ Schönke/Baur, s.3; Rinck s.51; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.67; Blomeyer, s.68; Stürner, s.321.

¹⁷² Rosenberg/Gaul/Schilken, s.67.

¹⁷³ Rinck, s.81.

¹⁷⁴ Schug, s.158; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.67.

¹⁷⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.68.

¹⁷⁶ Bohn, Diss., s.37.

¹⁷⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.67; Blomeyer, s.68.

¹⁷⁸ Bohn, Diss., s.37; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.69; Blomeyer, s.68.

¹⁷⁹ Scherf, s.19; Rinck s. 51; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.69; Stürner, s.321; Schönke/Baur, s.4; Blomeyer, s.68, dn.2.

¹⁸⁰ Wagner, s.750; Schiedermaier, s.83; Hochgraefe, s.18; Bohn, Diss., s.35; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.69; Scherf, s.19; Bohn, s.23; Stein, s.9; Schönke/Baur, s.4 .

yönelmektedir¹⁸¹. Alacaklının takip talebi üzerine, takip talebinde gösterilen borçlu aleyhine, devlet organları tarafından kanunda belirtilen önlemlerin alınması söz konusu olur¹⁸².

Cebri icranın yasal şartları oluşmuşsa, alacaklının devlete karşı, başvuru icra takip işlemlerinin yapılması yönünde, kamu hukukuna ilişkin sübjektif bir hakkı vardır¹⁸³. Alacaklının takip talebi üzerine, buna uygun işlemlerin yapılması devletin görevidir¹⁸⁴. Devletin gerekli önlemleri alma görevinin sebebi, kendiliğinden hak almayı yasaklamış ve bunu suç kabul etmiş olmasından kaynaklanmaktadır¹⁸⁵. Alacaklının usulüne uygun takip talebi, icra dairesi tarafından kabul edilmez veya kabul edilmesine rağmen buna uygun olarak icra takip işlemleri yapılmazsa, alacaklının şikayet hakkı vardır¹⁸⁶.

İcra faaliyetinin yürütülmesinde devletin doğrudan kendi çıkarları söz konusu değildir. Bu faaliyetin yerine getirilmesinde esasen bireylerin çıkarları ön planda tutulmaktadır. Devletin buradaki çıkarı kendiliğinden hak almaya engel olması ve böylece toplumsal düzeni sağlamasında bulunmaktadır¹⁸⁷. Bu faaliyetin yürütülmesinde bireylerin çıkarları ön planda olduğu içindir ki, icra takibi, ancak alacaklının talebi üzerine başlayabilir.

Alacaklının devletle (cebri icra organlarıyla) olan ilişkisi için mutlaka bir maddî hakkın varlığı zorunlu değildir. Gerçi çoğu zaman bu olacaktır, ama devletle alacaklı arasında icra ilişkisinin başlaması için bu zorunlu değildir. Bu, özellikle ilamlı icrada bariz olarak görülebilir. İlamlı icra takibinin dayanağı ilamdır¹⁸⁸. İlamlı icrada, icra organları ilamda yazılı olan hükmün gereğini yerine getireceklerdir. Bunun maddî hakla olan ilişkisini hiçbir şekilde araştıramazlar¹⁸⁹.

¹⁸¹ Stein, s.10; Schiedermaier, s.92; Rinck, s.56; Mohrbutter/Mohrbutter, s.5; Schönke/Baur, s.4 .

¹⁸² Bohn, s.24; Fischer, s.428; Emmerich, s.424; Rinck, s.52; Bohn, Diss., s.37.

¹⁸³ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.69; Rinck, s.54; Schönke/Baur, s.4 .

¹⁸⁴ Lüke, s.379; Stein/Jonas, Band:7, s.473; Rinck s.54; Schönke/Baur, s.4; Schneider, s.132.

¹⁸⁵ Lüke, s.379; Postacıoğlu, s.4.

¹⁸⁶ Blomeyer, s.68; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.69; Schönke/Baur, s.4; Mohrbutter/Mohrbutter, s.5.

¹⁸⁷ Rinck, s.58.

¹⁸⁸ Tanrıver, s.41.

¹⁸⁹ Rinck, s.53.

II. Borçlu ve Devlet İlişkisi

Borçlu ile devletin icra hukuku anlamındaki ilişkisi, borçluya ödeme emrinin gönderilmesiyle başlar. Bunun için burada müdahale ilişkisinden (Eingriffsverhaeltnis) söz edilebilir¹⁹⁰. Zira burada artık devletin cebri icra organları vasıtasıyla borçlunun temel haklarına müdahalesi vardır. Borçlu ile devlet arasındaki müdahale ilişkisi sonucunda devlet, borçlunun malvarlığı üzerinde bazı önlemler almaktadır. Yapılan icra takibi geçerli olduğu sürece borçlu alınan önlemlere katlanmak zorundadır¹⁹¹. Alınan bu önlemler devletle borçlu arasındaki icra ilişkisini göstermektedir. Borçlunun bir malına haciz konulmasından sonra bu mal borçlunun elinde bırakılmışsa ve borçlu da mahcuz mala herhangi bir şekilde zarar vermişse, alacaklının bir hakkının ihlal edilmesi söz konusu değildir. Burada artık devlete karşı işlenmiş bir suç vardır¹⁹². Nitekim TCK'da buna ilişkin suç dördüncü kısmın ikinci bölümünde yer almaktadır (TCK m.289)¹⁹³. Dördüncü kısmın başlığı, millete ve devlete karşı suçlardır. Maddenin yer aldığı ikinci bölümün başlığı ise, adliyeye karşı suçlardır. Bu maddede yer alan düzenleme, burada artık alacaklıya karşı işlenmiş bir suç değil, devlete karşı işlenmiş bir suç olduğunu göstermektedir. Bu düzenleme de borçlu ile devlet arasında icra hukuku anlamında bir ilişkinin ortaya çıktığını ortaya koymaktadır.

Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemeye paralel bir düzenleme de İcra ve İflâs Kanunu'nda yer almaktadır (m.336/a). Buradaki düzenlemeye göre, kendisine muhafaza edilmek üzere bırakılan malı, icra dairesinin talebine rağmen yedi gün içinde icra dairesine teslim etmeyen kişi, alacaklının şikayeti üzerine cezalandırılır. Ancak burada takibi şikayete bağlı bir suç vardır.

Devlet borçlunun malvarlığına müdahale ederken kanundaki sınırlamalara sıkı bir şekilde uymak zorundadır¹⁹⁴. Kanuna uygun olmayan icra önlem ve işlemleri için borçlu, şikayet yoluna başvurabilir. Devletin borçluya karşı kuvvet kullanmasının sınırı, borçlunun insanlık onurunun zedelenmemesi ve sosyal varlığının tehlikeye

¹⁹⁰ Schönke/Baur, s.4; Scherf, s.19; Blomeyer, s.69, dn.10; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.70; Rinck, s.51; Wagner, s.758; Stürner, s.321.

¹⁹¹ Blomeyer, s.69.

¹⁹² Rinck, s.89.

¹⁹³ 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlükten kalkacak olan Ceza Kanunu'nda bu düzenleme 276.maddede yer almaktadır. Burada da yine söz konusu madde, üçüncü babda devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler arasında yer almaktadır.

düşürülmemesidir¹⁹⁵. Bunun için kanun, borçlunun korunması bakımından bazı düzenlemelere yer vermiştir. Bunun en açık örneği, borçlu ve ailesinin yaşamlarını devam ettirebilmeleri için, borçlunun bazı mallarının haczedilemeyeceğini öngören hükümlerdir (m.82).

Müracaat ilişkisi ile müdahale ilişkisi arasında sıkı bir bağ vardır. Zira borçlu ile devlet arasındaki ilişki (müdahale ilişkisi), ancak alacaklının takip talebinden sonra, yani alacaklı ile devlet arasındaki icra ilişkisinin (müracaat ilişkisinin) başlamasından sonra ortaya çıkar. Bunun için müdahale ilişkisi ve müracaat ilişkisi bir bütünün iki parçası olarak görülebilir¹⁹⁶. Müracaat ilişkisi cebri icra takibinin yapılıp yapılmamasına ilişkin iken, müdahale ilişkisi cebri icranın nasıl yapılacağına ilişkindir¹⁹⁷.

Devletle, alacaklı ve borçlu arasındaki icra ilişkisi icra sözleşmelerinin konusunu belirleme bakımından önemlidir. Cebri icranın yapılıp yapılmaması bakımından tasarruf edilebilirlik söz konusudur. Çünkü icra takibinin başlaması alacaklının takip talebinde bulunup bulunmamasına bağlıdır¹⁹⁸. Buna karşılık icra faaliyetinin nasıl yapılacağına ilişkin konularda taraf iradesinin egemenliği daha sınırlıdır, dolayısıyla bu konularda icra sözleşmesi yapma olanağı çok dardır. Zira müdahale ilişkisi açısından öngörülen hükümler çoğu zaman emredici karakterdedir ve icra müdürü bu hükümlere sıkı bir şekilde uymalıdır¹⁹⁹. İcra faaliyetinin yapılmasına ilişkin alacaklının taleplerini icra dairesi gözetmek zorunda değildir²⁰⁰. İcra dairesi kanunun kendisine vermiş olduğu yetkiler çerçevesinde hareket edecektir. Borçlunun malvarlığına müdahale yetkisi ve müdahalenin şeklini belirleme yetkisi, kanunun çizmiş olduğu çerçevede, icra organlarının yetkisindedir.

III. Borçlu ve Alacaklı İlişkisi

İcra takibinde hukukî ilişkinin ağırlıklı olarak devletle olan ilişkiye dönüşmesine rağmen, takip alacaklısı ve takip borçlusu arasındaki ilişki ortadan

¹⁹⁴ Schönke/Baur, s.4; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.70.

¹⁹⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.70; Jauernig, s.138.

¹⁹⁶ Scherf, s.21; Rinck s.61.

¹⁹⁷ Rinck s.61.

¹⁹⁸ Rinck s.61.

¹⁹⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.70; Rinck, s.61.

²⁰⁰ Rinck, s.80.

kalkmaz. Alacaklı ile borçlu arasındaki icra hukuku ilişkisi, maddî hukuk ilişkileri ile örtüşebilir. Ama maddî hukuk ilişkisi ile icra hukuku ilişkisi özdeş değildir²⁰¹. Zira icra takibi yapabilmeyen şartları arasında, takip alacaklısının, takip borçlusuna karşı gerçekten maddî hukuktan kaynaklanan bir talep hakkının olması şartı yoktur²⁰². Alman Federal Mahkemesi, icra takibinin başlamasıyla alacaklı ve borçlu arasında özel bir hukukî ilişkinin oluştuğunu kabul etmektedir²⁰³. Zira icra süreci sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. İcra organı, alacaklının takip talebinden sonra alacaklının alacağına kaynağını, bunun maddî hukuk bakımından gerçekten var olup olmadığını araştıramaz²⁰⁴. Maddî hakkın gerçekten var olup olmadığını araştırmak icra organının yetkisi dahilinde değildir²⁰⁵, takip talebinde bulunan kişi geçerli ve icra kabiliyeti olan bir talepte bulunmuşsa, icra organının görevi sadece bunu yerine getirmektir²⁰⁶.

Alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki için genel kabul gören bir adlandırma yoktur. Bazı yazarlar bunun için üst kavramla aynı olmasına rağmen, icra ilişkisi (Vollstreckungsverhältnis) kavramını kullanmaktadırlar²⁰⁷. Bu ilişki için diğer bir öneri ise, bunu taraf ilişkisi (Parteienverhältnis) olarak adlandırma şeklindedir²⁰⁸. Biz de alacaklı ile borçlu arasındaki icra hukuku ilişkisini, devlet ile borçlu ve devlet ile alacaklı arasındaki ilişkiyi ayırması bakımından, “taraf ilişkisi” olarak adlandırmayı daha uygun buluyoruz ve bu çalışmada bu şekilde kullanacağız.

Taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisi ile icra hukuku ilişkisinin birbirinden farklı olmasına rağmen, bazen icra takibi sırasında taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine başvurulması gerekir²⁰⁹. Örneğin, borçlu kendisine gönderilen ödeme emrine

²⁰¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.71; Fischer, s.430.

²⁰² Jauernig, s.4; Mohrbutter/Mohrbutter, s.5.

²⁰³ BGH ZIP 1985, s.121 (Aktaran: Lüke, s.379).

²⁰⁴ Baki Kuru, Ödeme Emri (İİK m.60-61), AD 1961/1-2, s.31; Schneider, s.131; Necmeddin M.Berkin, İcra Memurlarının İş Görmekten Memnuiyeti, İÜHFM 1971/1-4, s.289; Lüke, s.380; Rinck, s.74; Schönke/Baur, s.5; Geissler, s.281; Bittmann, s.34.

²⁰⁵ Walter Zeiss, Vollstreckungsautomat oder Entscheidungstraeger? –Ein Beitrag zum Beurteilungsspielraum des Gerichtsvollziehers-, DGVZ 1987/10, s.145; Blomeyer, s.69; Schönke/Baur, s.5; Jauernig, s.4.

²⁰⁶ Kuru, Ödeme Emri, s.31; Stein, s.12; Lüke, s.380; Rinck, s.74.

²⁰⁷ Schönke/Baur, s.5; Blomeyer, s.69, dn.12; Stürner, s.32.

²⁰⁸ Scherf, s.19; Rinck, s.51.

²⁰⁹ Jauernig, s.4; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.71.

itiraz ederse, icra takibi kendiliğinden duracaktır (m.66)²¹⁰. Henüz burada da taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine başvurulması gerekmez. Ancak alacaklı, borçlunun itirazı üzerine itirazın kaldırılmasını ister veya itirazın iptali davasını açarsa, bu yargılama sırasında taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine başvurulması gerekir.

Takip alacaklısı ve borçlusu, aralarındaki icra hukuku ilişkisi nedeniyle ve icra takibinde tasarruf ilkesinin geçerli olması sebebiyle, icra sözleşmesi yapabilirler²¹¹.

İcra hukuku, medenî usul hukuku ile birlikte değerlendirildiği zaman, icra hukukunun kamu hukuku karakterli olduğu ve icra hukukundaki üçlü ilişkinin de icra hukuku ilişkisi olması nedeniyle kamu hukuku karakterli olduğu söylenebilir²¹². Medenî usul hukuku bakımından, bu şekildeki üçlü ilişkinin saf usul hukukuna ait ilişki olarak değerlendirilmesinde görüş birliği olmasına karşılık, bu sorun icra hukukundaki ilişki bakımından kesin olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Zira bu konu hakkında esaslı bir inceleme yapılmamıştır²¹³.

E. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

Sözleşme özgürlüğü Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Buna göre: “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” (AY m.48, I, c.1). Kanunlarımızda ise, sözleşme özgürlüğüne ilişkin en ayrıntılı düzenlemeler Borçlar Kanunu’nda (m.19) yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğü, “sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisini ifade eder”²¹⁴. Sözleşme özgürlüğü, şöyle de tanımlanmıştır: “Kişinin dilediği kimse ile dilediği sözleşmeyi yapmakta serbest olmasını ve aynı zamanda istemediği bir sözleşmeyi de yapmaya mecbur olmamasını ifade eder”²¹⁵. Bir başka anlatımla sözleşme özgürlüğü, kişilerin hukukî ilişkilerini, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde

²¹⁰ Genel haciz yoluyla takipte geçerli olan bu kural, kambyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte geçerli değildir. Kambyo senetlerine mahsus takipte ödeme emrine yapılan itiraz satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmaz (m.169).

²¹¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.71.

²¹² Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, Band: 7, Tübingen 2002, s.473; Rinck, s.64.

²¹³ Rinck, s.64.

²¹⁴ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.149.

²¹⁵ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1995, s.19.

yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleme yetkisidir²¹⁶. Sözleşme özgürlüğü vasıtasıyla taraflar, aralarındaki hukukî ilişkileri şekillendirme yetkisine sahip olmaktadır²¹⁷.

Sözleşmeler aracılığıyla taraflar, karşılıklı menfaatlerini korumaya çalışırlar. Bu bir yönüyle tarafların karşılıklı yararlarını dengelemeyi de hedeflemektedir²¹⁸.

Sözleşme özgürlüğü, hiçbir sınırlamaya tabi olmadan sözleşme yapabilme anlamına gelmez. Hiçbir hukuk alanında sınırsız sözleşme özgürlüğü tanınmamıştır²¹⁹.

F. MADDİ HUKUKTA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

Maddî hukukta sözleşme özgürlüğünün en geniş şekilde görüldüğü alan borçlar hukuku alanıdır. Borçlar hukukunda, medenî hukukun diğer alanlarına nazaran emredici kurallardan çok, tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuralları yer alır. Bu nedenle, burada, sözleşme özgürlüğünün maddî hukuktaki görünümü ile icra hukukundaki görünümü arasında kıyas imkanı vermesi bakımından, sözleşme özgürlüğünün en geniş şekilde görüldüğü borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğünü genel hatlarıyla ortaya koymak istiyoruz.

Borçlar hukukunda kişilerin irade serbestisi prensibi hakimdir. İrade serbestisi sözleşmeler dikkate alındığında sözleşme serbestisi olarak da ifade edilmektedir²²⁰. Sözleşme özgürlüğü ilkesi borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisidir²²¹. Sözleşme özgürlüğünün iki boyutu vardır. Bir başka ifadeyle sözleşme özgürlüğü iki özgürlüğü bünyesinde barındırmaktadır. Kişilerin bir yönüyle sözleşme yapma serbestisi vardır, yani kişinin kendi iradesi ve isteği olmadan borç altına sokulması mümkün değildir; diğer yönüyle de kişilerin sözleşmenin konusunu, şartlarını belirlemede ve düzenlemede özgürlükleri vardır²²².

²¹⁶ Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s. 16 (ayrıca bkz. dn. 12'deki yazarlar).

²¹⁷ Schiedermair, s.31.

²¹⁸ Schiedermair, s.1.

²¹⁹ Kılıçoğlu, s.150; Burckhardt, s.9.

²²⁰ Oğuzman/Öz, s.19; Başpınar, s.15.

²²¹ Hasan Erman, Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFİM, C:XXXVIII, S:1-4, s.601.

²²² Kılıçoğlu, s.149.

Belirtilen esaslar çerçevesinde sözleşme özgürlüğünün kapsamı şöyle çizilebilir:

Sözleşme özgürlüğü öncelikle sözleşme yapma yapmama özgürlüğünü ifade eder. Sözleşme yapma serbestisi, kural olarak kişinin dilediği kişi ile dilediği sözleşmeyi yapmakta serbest olmasını ve kişinin herhangi bir sözleşmeyi yapmaya da zorlanmamasını ifade eder²²³.

Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin taraflarının, yapmak istedikleri sözleşmenin konusunu ve şartlarını, kanunun gösterdiği sınırlar içerisinde, diledikleri gibi belirleyebilmesini de kapsar (BK m.19, I). Taraflar kural olarak, yasada düzenlensin ya da düzenlenmesin diledikleri konuda sözleşme yapma serbestisine sahiptirler²²⁴.

Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin tarafını, yani kişinin sözleşme yapmak istediği kişiyi seçme özgürlüğünü de kapsar²²⁵.

Taraflar sözleşme yaparlarken kural olarak şekil yönünden de serbesttir (BK m.11), (şekil serbestisi). Kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan istisnalar hariç, taraflar sözleşme yaparken bir şekle uymak zorunda değildirler²²⁶.

Sözleşmenin tarafları, kanunda belirlenen sözleşme türlerinden dilediğini seçme ve yapma özgürlüğüne sahiptirler. Bu özgürlük sadece kanunda düzenlenen sözleşme türleriyle sınırlı değildir. Tarafların bir sözleşme tipine uyma zorunlulukları da yoktur (tip serbestisi), kanunda düzenlenen bir sözleşmeyi benimseyebilecekleri gibi, kanunda düzenlenen bazı sözleşmeleri birleştirebilirler ya da karma bir sözleşme de yapabilirler²²⁷.

Borçlar hukukunda sözleşme özgürlüğünün geniş bir şekilde uygulanması, bunun mutlak olduğu, herhangi bir sınırlamaya tabi olmadığı anlamına gelmez. Genel olarak sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasında BK m.19 hükmü esas alınmaktadır. Buna göre, yapılan sözleşme hukuka aykırı olmamalıdır. Borçlar Kanunu bütün hukuka aykırılıkları değil, sadece emredici hukuk kurallarına aykırılığı geçersizlik sebebi kabul etmiştir²²⁸.

²²³ Oğuzman/Öz, s.19; Kılıçoğlu, s.150; Erman, H., s.603; Eren, s.19.

²²⁴ Eren, s.19; Kılıçoğlu, s.152; Erman, H., s.604.

²²⁵ Erman, H., s.603; Eren, s.19; Kılıçoğlu, s.153.

²²⁶ Kılıçoğlu, s.153; Oğuzman/Öz, s.19; Başpınar, s.15.

²²⁷ Oğuzman/Öz, s.19; Kılıçoğlu, s.153; Eren, s.19; Erman, H., s.604.

²²⁸ Kılıçoğlu, s.55; Oğuzman/Öz, s.70.

Sözleşme kamu düzenini koruyan bir hükme aykırı ise, esasen sözleşme emredici hukuk kurallarına aykırılık içerdiğinden geçersiz olacaktır. Aynı şekilde yapılan sözleşme kişilik haklarına aykırı ise, yine emredici kurallara aykırılık söz konusu olacağından, sözleşme yine geçersiz olacaktır²²⁹.

Sözleşmenin ahlak kurallarına da aykırı olmaması gerekir. Ahlak kuralları toplumun değer yargılarını yansıtır²³⁰.

Sözleşmenin konusu imkansız ise, sözleşme geçersizdir (BK m.20). Sözleşmenin ifası sözleşmenin kurulduğu anda imkansız ise, sözleşme geçersizdir²³¹.

G. İCRA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI

I. İCRA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

1- Geniş Sözleşme Özgürlüğünü Savunan Görüş

a) Görüş

İcra sözleşmeleri bakımından Kohler'in görüşlerini takip eden Roquette, icra sözleşmelerinden sadece icrayı daraltan sözleşmelerin²³² geçerliliğini kabul etmektedir. Ancak icrayı daraltan sözleşmeler bakımından Kohler'in usul sözleşmeleri için ileri sürdüğü geniş sözleşme özgürlüğünü kabul etmektedir. İcra takibinin yapılıp yapılmamasının alacaklının elinde olduğunu, kanunda onu icra takibi yapmaya zorlayan herhangi bir hüküm olmadığını, takip yapmak isteyen alacaklının istediği zaman ve istediği kapsamda icra takibine başvurabileceğini belirterek, bunun, alacaklı için, kanunun kendisine vermiş olduğu izin çerçevesinde kendisini sınırlandırma anlamına geldiğini ve kanun tarafından verilen bu şekildeki iznin sözleşme vasıtasıyla kullanılmasına da bir engelin olmaması gerektiğini belirterek, sadece icrayı daraltan sözleşmeler bakımından, geniş bir sözleşme özgürlüğünün varlığını kabul etmektedir.

²²⁹ Oğuzman/Öz, s.71.

²³⁰ Kılıçoğlu, s.57.

²³¹ Oğuzman/Öz, s.74; Kılıçoğlu, s.57.

²³² Bkz. aşa. § 5.

Buna karşılık icrayı daraltan sözleşmeler dışındaki sözleşmeleri kavramsal olarak ansa bile, bunların geçerliliğini kabul etmemektedir²³³.

İcra hukukunda geniş sözleşme özgürlüğünün varlığını kabul eden Roquette, icra sözleşmelerinin geçerliliğinin “dahili sebebi” (innere Grund) olarak subjektif haklardan feragat edilebilmesini ve sözleşme özgürlüğünü göstermektedir. İcra sözleşmelerinin, alacaklının icra hakkını ilgilendirdiğini ve bunda sadece alacaklının menfaatinin olduğunu, dolayısıyla alacaklının bu haktan vazgeçme imkanının varlığını belirtmektedir. Bütün bu sebeplerden dolayı, başkaca bir gerekçelendirmeye lüzum olmaksızın, icrayı daraltan sözleşmeler için geniş bir sözleşme özgürlüğü alanı tanınmıştır²³⁴.

b) Eleştirisi

İcra sözleşmeleri için geniş bir sözleşme özgürlüğünü kabul eden Roquette’in görüşleri, kendi içinde çelişkiler içermesi yönüyle eleştirilmiştir²³⁵. İcra sözleşmeleri bazen maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmiş, bazen de icra hukukuna ilişkin sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Örneğin bir yerde icrayı daraltan sözleşmelerin, alacaklının icra hakkına ilişkin olduğu, alacaklının icra hakkının kullanıp kullanmayacağına veya hangi çerçevede kullanacağına ilişkin olduğunu, dolayısıyla icra sürecini ilgilendirmesi nedeniyle bunların saf icra hukuku sözleşmesi olduğunu belirtmektedir²³⁶. Bir başka yerde ise, icra sözleşmeleri, maddî hukuktaki sorumluluğun sınırlandırılması sözleşmelerinin özel bir çeşidi olarak kabul edilmektedir²³⁷. Bunun dışında sözleşmeye aykırılık durumunda hak sahibine sağlanacak hukukî yol olarak ifa talebi gösterilmekte ve özel hukuk sözleşmelerinin hepsinde hak sahibine sözleşmeye aykırılık durumunda, ifa talebi imkanının verildiğini belirterek, icra sözleşmelerini, borçlar hukukuna ilişkin etkilere sahip özel hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmektedir²³⁸. Ancak bu niteleme, sadece ifa talebine dayandırılmakta, bunun başkaca bir kaynağı veya sebebi gösterilmemektedir.

²³³ Roquette, s.160, 161.

²³⁴ Roquette, s.162.

²³⁵ Schug, s.111, 118.

²³⁶ Roquette, s.166.

²³⁷ Roquette, s.166.

²³⁸ Roquette, s.167.

Roquette icra sözleşmelerini sadece maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirmiş olsaydı, o zaman ileri sürmüş olduğu geniş sözleşme özgürlüğü görüşü kendi içinde tutarlı olabilirdi. Ancak tam olarak böyle bir niteleme yapılmamıştır. Roquette'in savunduğu şekilde geniş sözleşme özgürlüğünün icra hukuku alanında kabul edilemeyeceğini düşünüyoruz. Zira sözleşme özgürlüğünün en geniş şekilde kabul edildiği özel hukuk alanlarında dahi önemli sınırlamalar vardır. Özel hukukta sözleşme özgürlüğünün en geniş olarak görüldüğü alan borçlar hukukudur. Borçlar hukuku dışındaki özel hukuk alanlarında, özellikle de aile ve miras hukuku alanında sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir²³⁹. Özel hukuk alanında ve sözleşme özgürlüğünün geniş bir şekilde uygulandığı medenî hukuk alanında bu şekilde sınırlandırmaların olması, icra hukuku alanında sözleşme özgürlüğünün ileri sürüldüğü gibi geniş olamayacağını ortaya koymaktadır. Zira icra hukuku devletin egemenlik tasarruflarının yoğun olarak görüldüğü, emredici kuralların daha sıklıkla karşılaşıldığı bir alandır.

2- Sözleşme Özgürlüğünü Dar Kapsamda Kabul Eden Görüş

a) Görüş

İcra hukukunda sözleşme özgürlüğünün çok dar kapsamda olabileceğini savunanlar, icra sözleşmelerinin yapılması bakımından değişik olasılıklar üzerinde durarak, bu sözleşmelerinin geçerliliğini ve sınırını belirlemeye çalışmaktadır. Bu görüşü savunanlar, icra sözleşmelerinin en sert etkisi olarak mahkemenin vermiş olduğu hükümden sözleşme vasıtasıyla kısmen veya tamamen vazgeçilmesini, yani mahkemenin verdiği kararın cebri icra vasıtasıyla yerine getirilmemesi konusunda sözleşme yapılmasını, göstermekte; ancak bunun hiçbir şekilde taraf iradesiyle sağlanamayacağını, taraf iradesiyle devlet mahkemelerinin vermiş olduğu hükmün ortadan kaldırılmasına izin verilemeyeceğini, buna izin verilmesinin kabul edilemez bir düşünce olacağını belirtmektedir. Mahkeme kararı hiçbir şekilde tarafların tasarrufuna

²³⁹ Örneğin evlenme ancak kanunda öngörölmüş olan şekle uyularak yapılabilir. Tarafların sözleşmeyle başka bir evlenme çeşidi veya şekli belirlemeleri mümkün değildir. (Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C:1-2, Ankara 1983, s.243. –çev.:Cevat Edege-); Oğuzman/Öz, s.18; Başpınar, s.14, dn.7. Eşya hukukunda da tip serbestisi değil, kanunda belirtilen sözleşme tiplerine uyma mecburiyeti vardır. (Eren, s.19; Lale Sirmen, Eşya Hukuku Dersleri, Ankara 1995, s.34).

tabi kılınmaz ve tarafların, mahkeme kararını sözleşmeyle ortadan kaldırmaları söz konusu olamaz²⁴⁰.

Bu görüşü savunanlar ikinci ihtimal olarak, alacaklının icra hukuku tarafından kendisine verilen haklardan sözleşme aracılığıyla vazgeçip vazgeçemeyeceği üzerinde durmaktadır. Bunu yaparken öncelikle alacaklının devlete karşı yöneltebileceği herhangi bir cebri icra hakkının (Vollstreckungsanspruch) olmadığını belirtmektedirler²⁴¹. Böyle bir cebri icra hakkının varlığı kabul edilse bile, bunun devlete karşı yöneltilmesi gereken bir hak olduğunu, dolayısıyla bunun sözleşme konusu yapılamayacağını belirtmektedirler²⁴². Alacaklı tarafından devlete karşı yöneltebilecek icra hakkının olmadığı düşüncesini kabul eden bu görüşün temsilcileri, alacaklının cebri icra imkanından (Vollstreckungsmöglichkeit) söz etmektedir. Cebri icranın şartları yerine gelmişse, alacaklının talebi üzerine, icra organları icra takip işlemlerini yerine getireceklerdir. Bu, alacaklının icra imkanını ifade etmektedir. Böyle bir tespitten sonra, alacaklının, kanunen kendisine sunulan icra imkanlarından sözleşmeyle vazgeçip vazgeçemeyeceği araştırılmaktadır. Sözleşmeyle tarafların icra imkanlarından vazgeçebilmelerinin veya bu icra imkanlarını değiştirebilmelerinin mümkün olması durumunda, icra organlarına ek bir yükümlülük getirileceğini ve icra organlarının, kanunda öngörülmeyen, ancak tarafların kanundan ayrılarak belirledikleri sınırlamalarla bağlı olması gerektiğini belirtmektedirler. Oysa kanundan, taraflara bu şekilde bir yetkinin verildiğinin çıkartılamayacağını, tarafların icra organlarını bağlayıcı gücünün olmadığını belirterek; eğer kanun tarafından açıkça taraflara sözleşme yapma yetkisi verilmişse, tarafların bu konuda sözleşme yapabileceklerini, kanun tarafından açıkça izin verilmeyen hallerde ise, tarafların sözleşmeyle icra sürecine etki etmelerinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir ve sonuçta da usul sözleşmeleri için ileri sürülen konvansiyonal dava yasağının burada da geçerli olduğunu belirtmektedirler²⁴³.

İcra hukukundaki bir çok hükmün emredici nitelikte olduğu belirtildikten sonra, emredici olmayan kanun hükümlerinin düzenlediği alanlarda tarafların sözleşme

²⁴⁰ Raatz, s.17; Hochgraefe, s.16.

²⁴¹ Raatz, s.21 vd. Raatz bu görüşü nasyonal sosyalist hukuk anlayışında devlete yöneltebilecek bir icra hakkından söz edilemeyeceğine dayandırmaktadır. Bu görüş, Raatz'ın görüşlerini takip eden Hochgraefe tarafından da savunulmaktadır (Hochgraefe, s.19).

²⁴² Hochgraefe, s.24.

²⁴³ Raatz, s.24 vd; Hochgraefe, s.17 vd, 25.

yapabilmeleri için, kanun tarafından açıkça, taraf iradesiyle sürece etki edilebileceğine ilişkin bir yetkilendirmenin yapılması gerekli görülmektedir. Emredici olmayan (tamamlayıcı) bir hüküm olsa bile, açıkça yetki veren bir kanun hükmü yoksa, tarafların o alanda sözleşme yapmaları mümkün değildir. Bu konuda, borçlar hukuku alanında olduğu gibi, tarafların tasarrufuna ilişkin genel yetkilendirici hüküm yeterli değildir. Zira bu, icra hukukunun yapısıyla ve devletin bu alandaki otoritesiyle bağdaşmaz²⁴⁴.

b) Eleştirisi

Bu görüş kendi döneminin siyasal düşüncesinin de etkisinde kalarak alacaklının devlete karşı yöneltebileceği icra hakkının olmadığını savunmuştur. Ancak bu görüş daha sonraları itibar görmemiştir²⁴⁵. Zira hukuk devleti ilkesi, insanlığın gelişimi içinde çeşitli aşamalardan sonra, toplumsal yaşamı düzenleyen, hukukî ilerlemenin ulaştığı bir sonuçtur²⁴⁶. Hukukî koruma, hukuk devleti ilkesinin doğal bir sonucudur ve Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır (AY m.36). Devlet, toplumsal yaşamı düzenleyen kuralları koyduktan sonra, onların yaşama geçirilmesinde de etkin rol oynamalıdır. Devlet, konulan kurallara göre, toplumdaki hukuk düzeninin korunması yükümlülüğüne de sahiptir²⁴⁷. Devlet, bireylerin kendiliğinden hak aramasını yasaklamıştır ve böyle bir davranışa karşı cezai yaptırım öngörmüştür. Dolayısıyla devlet, hakkı ihlal edilenlerin hakkını koruma görev ve sorumluluğunu üzerine almıştır²⁴⁸. Anayasada da devletin bundan kaçınamayacağı (AY m.36, II) vurgulanarak, burada devletin hakların korunması bakımından görevi olduğuna işaret edilmektedir²⁴⁹.

Hukukî korumanın en bariz görünümü, yargısal korumadır²⁵⁰. Bu gün kabul edilen görüşe göre, bireylerin devlete karşı yargı hakkı vardır²⁵¹. Hukukî korunma

²⁴⁴ Raatz, s.27; Hochgraefe, s.26.

²⁴⁵ Schug, s.118; Rinck, s.54.

²⁴⁶ Muhammet Özekes, İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s.29.

²⁴⁷ Özekes, s.29.

²⁴⁸ Postacıoğlu, s.4; Lüke, s.379; Brox/Walker, s.24; Rinck s.54; Esra Atalay, Yargısal Temel Haklar, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.445.

²⁴⁹ Umar, s.206; Özekes, s.33; Yavuz Alangoya, Anayasanın Medenî Usul Hukukuna Etkisi, MHB 1981/2, s.3.

²⁵⁰ Alangoya, Etki, s.3; Süha Tanrıver, Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, TBBD 2004/53, s.191.

²⁵¹ Alangoya, Etki, s.3; Atalay, s.443.

talebinin muhatabı devlettir²⁵². Ancak hukukî koruma bundan ibaret değildir. Takip hukuku da hukukî korumaya hizmet etmektedir²⁵³. Çünkü icra hukuku, borçlarını kendiliğinden ödemeyen kişilere karşı zor kullanılarak bu yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamakta ve bu da toplumsal hukuk düzeninin teminatı olmaktadır²⁵⁴.

İcra hukukunda hukukî koruma, alacaklının icra organlarına başvurması aracılığıyla devlet tarafından yerine getirilir²⁵⁵. Dolayısıyla burada alacaklının devlete karşı yöneltilen icra hakkından söz etmenin yanlış olmadığı kanaatindeyiz. İcra faaliyetinin yerine getirilmesi ve bu faaliyet sırasında alacaklı ve borçlunun menfaatlerinin dengelenmesi devletin görevidir²⁵⁶.

Öncelikle saymış olduğumuz bu gerekçeler nedeniyle, bu görüşü savunanlar tarafından ileri sürülen, alacaklının devlete karşı yöneltebileceği icra hakkının olmadığı yönündeki görüşün kabul edilemeyeceğini belirtmemiz gerekir.

Diğer taraftan bu görüşü savunanların, usul sözleşmelerinde ileri sürülen konvansiyonel dava yasağı görüşünü, icra sözleşmeleri için kullanarak sadece kanun tarafından açıkça izin verilen hallerde sözleşme yapılabileceği, bunun dışında sözleşme yasağının geçerli olduğu yönündeki düşünce artık terk edilmiştir²⁵⁷. Kanun koyucunun tek tek hangi durumlarda sözleşmeye izin vermiş olduğunu sayması düşünülemez. Kanunda öngörülen ve taraflara sözleşme yapma izni veren hükümler, diğer sözleşmelerin geçerliliğini ortadan kaldırmamaktadır, bunlar örnek mahiyetinde kanunda sayılmıştır²⁵⁸. Aşağıda²⁵⁹ inceleyeceğimiz gibi, Schiedermair tarafından usul sözleşmeleri için geliştirilen ve icra sözleşmelerine de uygulanan, kanun tarafından yasaklanmayan durumlarda sözleşme yapılmasına izin verilmiş olabileceği görüşü, günümüzde de kabul görmektedir.

Bunun dışında tarafların yapmış oldukları sözleşmeyle icra organlarını ek bir yükümlülük altına sokacakları ve bunun mümkün olmadığı şeklindeki düşünce de

²⁵² Tanrıver, Adil Yargılanma, s.191.

²⁵³ Wagner, s.745; Fischer, s.429; Dieter Leipold, Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 1977/3, s.261.

²⁵⁴ Berkin, s.24.

²⁵⁵ Stein, s.8; Brox/Walker, s.23; Gaul, Hukukun Esasları, s.27.

²⁵⁶ Ansay, s.2.

²⁵⁷ Mette, s.17; Bohn, s.22.

²⁵⁸ Bohn, s.22.

yanlıştır. Zira tarafların anlaşarak belli bir borç altına girmesini önleyen bir hüküm yoktur. İcra takibinin kapsamını, zamanını yasal sınırlar çerçevesinde alacaklının talebi belirler²⁶⁰. İcra sözleşmesiyle icra organlarının ek bir yükümlülük altına girmesi de söz konusu değildir. Çünkü sözleşmeyle yükümlülük altına girenler sözleşmenin taraflarıdır. İcra organları, sadece alacaklının talebi çerçevesinde icra sürecini yürütmekle görevlidirler. Şayet alacaklı, sözleşmeye aykırı bir şekilde icra takibi yaparsa veya sözleşmeye aykırı şekilde icra takip işlemleri yapılmasına sebep olursa, borçlunun yasal yollara başvurma hakkı olacaktır. Ancak böyle bir durumda icra organlarının herhangi bir ek yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır.

3. İcra Hakkı-İcra Yetkisi Ayrımına Göre Sözleşme Özgürlüğünü Belirleyen Görüş

a) Görüş

Schiedermair'in esas olarak usul sözleşmelerini incelediği eserinde icra sözleşmelerine de değinilmiştir. Bu açıdan Schiedermair'in incelemesi, kendisinden sonra icra sözleşmelerine ilişkin yapılan çalışmaları da etkilemiştir. Buna göre, tarafların icra sürecini etkileyen sözleşmeler yapmaları mümkündür. Cebri icra imkanlarından sözleşmeyle vazgeçmenin mümkün olduğunu, bunun dışında tarafların sadece belli bazı eşyaların, örneğin sadece taşınırın veya sadece taşınmazların haczedilebileceğine ilişkin sözleşmeler yapabileceklerini belirtmektedir²⁶¹. İcra hukukunda da tarafların egemenliğinin söz konusu olduğunu, icra takibinin ancak alacaklının talebiyle başlayabileceğinin ve tarafların bu takibi sona erdirme yetkisine sahip olduğunu belirterek icra sözleşmelerinin geçerliliği sonucuna varmaktadır²⁶². Taraflara belirli bir çerçevede icra sürecini etkileyebilme, kendi iradelerine uygun hukukî etkiler meydana getirebilmesine izin verilmelidir. Kanunda yer alan düzenlemelerin boşluk içermediği, her olayı düşünecek şekilde ayrıntılı düzenlemeler içerdiği ve bunların değiştirilemez kurallar olduğu ileri sürülemez. Kanunda yer alan bazı hükümler, sürecin esasına ilişkindir ve emredici niteliktedir. Bunun için bunların

²⁵⁹ Bkz. aşa.ş 2-G-I-3.

²⁶⁰ Schug, s.119.

²⁶¹ Schiedermair, s.5.

değiştirilmesi söz konusu olamaz. Ama bunun dışında tarafların değiştirebilecekleri hükümler de vardır²⁶³. Bu anlamda icra hukuku emredici olmayan ve dolayısıyla tarafların sözleşmeyle değiştirebilecekleri normlara yabancı değildir²⁶⁴. Buna göre, kanun tarafından açıkça izin verilmeyen hallerde sözleşme yasağının var olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak şu söylenebilir: “Kanunun yasaklamadığı şeye izin verilmiş olabilir”²⁶⁵.

Schiedermair, icra sözleşmelerinin geçerliliği sonucuna vardıktan sonra, bu sözleşmelerin sınırlandırılması bakımından, öncelikle icrayı genişleten sözleşmelerin geçersiz olduğunu, zira bu sözleşmelerle borçluyu koruyan hükümlerin ortadan kaldırıldığını belirtmekte; dolayısıyla borçluyu koruyan hükümlerin ortadan kaldırılması sonucunu doğuran sözleşmelerin geçersiz olduğunu kabul etmektedir. Ayrıca borçluyu koruyan hükümlerde, aynı zamanda sosyal ve etik düşüncelerin olduğunu, sonuçta borçluyu koruyucu hükümlerin toplumsal menfaatler de gözetilerek konulduğunu belirtmektedir²⁶⁶. Borçluyu korumaya yönelik olarak getirilmiş olan hükümlerin sözleşmeyle ortadan kaldırılmasının hukukî bir sonuç doğurmayacağı sonucuna varmaktadır²⁶⁷.

Özellikle alacaklının cebri icra yetkisini (Vollstreckungsbefugnis) ilgilendiren ve alacaklının bu yetkilerini sınırlandıran sözleşmelerin yapılmasında geçerlilik problemiyle karşılaşılacağı ortaya konulmaktadır. Bu sözleşmeler, borçlu yararına düzenlemeler getirmektedir. Örneğin borçlunun bazı mallarının haczin kapsamı dışında tutulması veya sadece belirli bazı malların (örneğin sadece taşınırlarının) haczedilebileceğine ilişkin sözleşmelerin geçerliliğinde tereddüt etmemektedir. Bu sözleşmelerin kamu düzenini ilgilendiren, kamu düzenini zedeleyen bir yönü olmadığı,

²⁶² Schiedermair, s.83, 84.

²⁶³ Schiedermair, s.45-47.

²⁶⁴ Schiedermair, s.52.

²⁶⁵ Sachse, Beweisvertraege, ZZP 54, s.412 vd., Schiedermair, s.55'den naklen.

²⁶⁶ Schiedermair, s.84.

²⁶⁷ Özellikle borçlunun ev eşyasının haczinde getirilen sınırlamalara (ZPO § 812), yetişmemiş mahsullerin haczine ve satışına ilişkin sınırlandırmaya (ZPO § § 810, 824), tahliye süresine (ZPO § 721) ilişkin hükümleri örnek vererek bunların sözleşmeyle değiştirilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir. (Schiedermair, s.85).

dolayısıyla geçerli bir şekilde hukukî sonuçlarını doğurabileceği sonucuna varılmaktadır²⁶⁸.

Bu çalışmada sözleşme özgürlüğünün sınırı olarak hem sözleşmenin kamu düzenine aykırı olmaması hem de borçluyu koruyucu hükümlere aykırı olmaması kriterleri getirilirken, bunun yanında hukukî koruma talebinin bir parçası olan cebri icra hakkına ilişkin sözleşme yapılamayacağı belirtilerek sözleşme özgürlüğüne bir başka sınırlama getirilmektedir. Alacaklının icra hakkı, devlete yöneltilmesi gereken bir hak olarak değerlendirilmektedir ve alacaklı ile borçlunun, devlete (icra organlarına) yöneltilen icra hakkını ilgilendiren sözleşmeler vasıtasıyla, bu hakkı ortadan kaldırmalarının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Hukukî koruma talebine ilişkin kanunda yer alan hükümlerin emredici karakterde olduğu ve bunlara ilişkin sözleşme yapılamayacağı ileri sürülmektedir. Hukukî koruma talebi sadece hak sahibinin menfaatlerini ilgilendirmez, aynı zamanda onun kamu yararını ilgilendiren boyutu da vardır. Dolayısıyla hukukî koruma talebini ortadan kaldıran sözleşmelerin yapılmasına cevaz verilemez²⁶⁹.

Schiedermair'den sonra icra sözleşmeleri üzerinde duran Bohn, icra hukukunun kamu hukuku alanına dahil olduğunu ve kanundaki bir çok hükmün emredici karakterli olması sebebiyle sözleşme özgürlüğünün icra hukuku alanında dar olduğunu belirtmektedir²⁷⁰. Yazar, bu tespitten sonra icra sözleşmelerinin konusunun icra hakkı (Vollstreckungsanspruch) veya icra imkanı (Vollstreckungsmöglichkeit) olabileceğini belirterek bunlar üzerinde durmaktadır. Cebri icra hakkını, maddî hakkın, devlet gücüyle yerine getirilmesi için devlete yöneltilen subjektif bir hak olarak tanımlamaktadır²⁷¹. Alacaklıya bu şekilde icra hakkının verilmesinde bir yönüyle alacaklının bireysel çıkarı vardır. Alacaklı bu yolla maddî hukuktan kaynaklanan hakkına ulaşmış olacaktır. Ancak alacaklıya bu hakkın verilmesinde aynı zamanda kamusal bir yarar da vardır. Zira devlet bu yolla hukuk düzenin korunmasını sağlamakta ve toplumda meydana gelebilecek kargaşaya engel olmaktadır. Bu yönüyle devletin icra araçlarını alacaklıların hizmetine sunması sadece görevi olmayıp, aynı zamanda

²⁶⁸ Schiedermair, s.85, 86.

²⁶⁹ Schiedermair, s.92, 93.

²⁷⁰ Bohn, Diss., s.19; Bohn, s.22.

²⁷¹ Bohn, Diss., s.20.

hakkıdır²⁷². İcra hakkının devlete yöneltilmesi gereken bir hak olması, bunun sadece bireylerin menfaati için değil, aynı zamanda kamusal bir menfaat için de öngörüldüğünün tespitinden sonra, bu haktan vazgeçmenin mümkün olmadığı ve bu hakkın sözleşme konusu da yapılamayacağı sonucuna varılmıştır²⁷³.

Bohn, icra hakkına ilişkin sözleşmelerin geçersiz olmasının bütün icra sözleşmelerinin geçersiz olması sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir. Alacaklının devlete yöneltilen icra hakkından başka icra imkanı (Vollstreckungsmöglichkeit) veya icra yetkisi (Vollstreckungsbefugnis) olarak nitelenen bir hakkı daha vardır. Bu hak nedeniyle alacaklı, icra önlemlerinin alınması yönündeki sürecin başlamasını ve devamını sağlar²⁷⁴. Alacaklının icra yetkisi sayesinde icra hukukunda öngörülen önlemlerin alınması mümkün olur. Bu önlemlerin alınması veya alınmaması tamamen alacaklının menfaatlerini ilgilendirir, burada kamusal bir menfaatten söz edilemez. Bu nedenle de alacaklının icra imkanlarına ilişkin sözleşme yapması mümkündür²⁷⁵.

Bu iki kavramı birbirinden ayırmak amacıyla, görüş temsilcileri, icra hakkını devlete yöneltilmesi gereken subjektif kamusal bir hak olarak nitelendirmektedir. Alacaklı bu hakkına dayanarak devletten hakkının korunması için cebri icra önlemlerinin alınmasını talep edebilecektir. İcra hakkı vasıtasıyla, sadece alacaklının bireysel menfaatleri değil, aynı zamanda alacaklıya böyle bir hak verilmesi yoluyla toplumdaki hukuk düzeni korunmuş olacak ve bununla toplumsal menfaatlere de hizmet edilmiş olacaktır. Dolayısıyla devlete yöneltilen bir hakka ilişkin sözleşme yapılması söz konusu olamaz. Ayrıca subjektif kamusal haklardan kural olarak vazgeçilemez²⁷⁶.

Bu görüşü savunanların en temel dayanak noktası, icra hakkının devlete yöneltilmesi gereken subjektif kamusal bir hak olduğu ve icra hakkını ilgilendiren hükümlerin emredici nitelikte olduğu şeklindedir. Dolayısıyla tarafların bu konuda tasarruf etme imkanı yoktur. Çünkü aksi halde, devletin hukuka yürürlük sağlamadaki menfaati zedelenmiş olacaktır. Eğer icra hakkının sözleşmeyle sınırlandırılabilceği

²⁷² Bohn, Diss., s.23.

²⁷³ Bohn, Diss., s.24; Bohn, s.23.

²⁷⁴ Bohn, Diss., s.27; Bohn, s.23.

²⁷⁵ Bohn, Diss., s.29; Bohn, s.24.

²⁷⁶ Schiedermaier, s.92; Bohn, Diss., s.19.

veya icra hakkından vazgeçilebileceği kabul edilirse, bu, hukuk devleti kurumlarından geri adım atılması ve kendiliğinden hak almaya dönülmesi anlamına gelir²⁷⁷.

Buna karşılık alacaklının icra yetkisi (imkanı), alacaklıya cebri icra organlarının uygulayacağı önlemlerin başlatılması yetkisini verir. İcra hakkı sübjektif kamusal hak olarak nitelendirilirken, icra yetkisi, usulî bir imkan, usulî bir yetki olarak nitelendirilmektedir. İcra imkanı, sadece icra sürecinin başlatılmasına müracaat olanağı sağlayan bir yetkidir. Alacaklının icra hakkının ve icra imkanının ikisinin bir arada olması halinde icra süreci başlatılabilir²⁷⁸. Alacaklının sadece icra hakkının bulunması ona tatmin imkanı sunmaz, aynı zamanda icra sürecini harekete geçirme yetkisinin de olması gerekir²⁷⁹.

Sözleşmenin konusunun sadece alacaklının icra imkanları olduğu belirlendikten sonra, sözleşmenin sınırlandırılması bakımından emredici hüküm emredici olmayan hüküm ayırımına gidilmektedir²⁸⁰.

b) Eleştirisi

Schiedermair tarafından usul sözleşmeleri için, akdî dava yasağı görüşüne karşı ileri sürülen ve kabul gören, kanunda yasaklanmamış olan şeylere izin verilmiş olabileceği görüşü, daha sonra icra sözleşmeleri için de kabul edilmiştir. Schiedermair'in, icra sözleşmelerinin kanunda açıkça düzenlenmemiş olmasından, bunların yapılamayacağı şeklinde bir sonucun çıkartılamayacağı ve belirli kriterler çerçevesinde sözleşme özgürlüğünün icra hukuku alanında da geçerli olduğu görüşü, prensip olarak kendisinden sonra da kabul edilmiştir²⁸¹. Ancak sözleşmenin konusu olarak icra hakkı ve icra yetkisi şeklinde yapılan ayırım gereksiz görülmüştür²⁸².

Daha sonraki tarihlerde icra sözleşmeleri konusunda inceleme yapan Schug, cebri icra hakkı yanında ayrıca cebri icra imkanı veya yetkisi şeklindeki bir ayırımın gereksizliğine ve herhangi bir fonksiyonu yerine getirmediğine inanmaktadır²⁸³. Yapılan

²⁷⁷ Schiedermair, s.92; Bohn, s.23.

²⁷⁸ Bohn, Diss., s.27, 28.

²⁷⁹ Bohn, Diss., s.28.

²⁸⁰ Bohn, Diss., s.31.

²⁸¹ Bohn, Diss., s.8 vd; Rinck, s.39 vd; Schug, s.121 vd.

²⁸² Wagner, s.745; Rinck, s.60; Schug, s.121.

²⁸³ Schug, s.171.

bu ayrımın tamamen şekli bir ayrım olduğu ileri sürülmüştür. Her iki kavramın birbirinden kesin çizgilerle ayrımı ne Schiedermaier tarafından ne de kendisinden sonra bu görüşü savunanlar tarafından yapılabilmıştır²⁸⁴.

İcra sözleşmesi vasıtasıyla icra hakkından vazgeçilmesi veya icra hakkının sınırlandırılmasının hukuk devletin kurumlarından geri adım atma anlamına geleceği düşüncesi tamamen isabetsizdir. Çünkü, icra sözleşmesiyle bu haktan vazgeçilmesi veya bu hakkın sınırlandırılması alacaklıya kendiliğinden hak alma imkanı sağlamaz. Aksine, böyle bir sözleşme alacaklının hak ve yetkilerinin sınırlandırılması anlamına gelir²⁸⁵. Alacaklı ile borçlunun sözleşme yaparak icra hakkını sınırlandırmaları, alacaklının kendiliğinden hak almaya başvurabileceği anlamına gelmez ve alacaklı için kendiliğinden hak almayı suç olmaktan çıkarmaz.

İcra hakkının sübjektif kamusal bir hak olduğu ve sübjektif kamusal haklardan vazgeçilemeyeceği görüşü de isabetli değildir. Bireylerin tasarrufunda olan bütün haklardan kural olarak vazgeçilmesi mümkündür. Buradaki sorun söz konusu vazgeçmede menfaat dengesine ilişkin olacaktır. Kamu yararı söz konusu değilse, vazgeçmeyle daha üstün kamusal bir yarara aykırılık ortaya çıkmıyorsa böyle bir haktan vazgeçilmesi kural olarak mümkündür. İcra hakkından kural olarak vazgeçilemeyeceği ve icra yetkisine ilişkin kural olarak sözleşme yapılabileceği şeklinde bir genelleme yapmak doğru değildir. Her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapıp, sözleşmede kamu yararına aykırılık olup olmadığına bakılması gerekir²⁸⁶. Ayrıca icra hakkının devlete yöneltilen bir hak olması nedeniyle bundan vazgeçilemeyeceği savı kabul edilemez, bu hakkın yerine getirilmesinde devletin bir menfaati olmaması sebebiyle bu hak üzerinde öncelikle tasarruf edilebilmesi gerekir²⁸⁷.

İcra hakkı-icra yetkisi ayrımını savunanların, icra yetkisinin sınırlanması veya ortadan kaldırılması sonucunu doğuran sözleşmeleri geçerli görmeleri acaba alacaklının icra hakkını hiç etkilemeyecek midir? Böyle bir ayrım kabul edilse bile, bu iki kavramı kesin çizgilerle birbirinden ayırmak ve birine ilişkin sözleşmeyi mutlak olarak geçerli, diğerine ilişkin sözleşmeyi de mutlak olarak geçersiz kabul etmek mümkün müdür?

²⁸⁴ Wagner, s.745; Schug, s.171.

²⁸⁵ Schug, s.127.

²⁸⁶ Schug, s.134, 135.

²⁸⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.388.

Böyle bir ayırım kabul edilse bile, bu ayırımın az önce söylenen sonuçları doğurmayacağı kabul edilmektedir²⁸⁸.

İki kavramın şartları ve sınırı tam olarak ortaya konulamamıştır. Bunlar net olarak ortaya konulabilse, bu ayırımın haklılığı kabul edilebilir. İcra hakkının devlete yöneltilmesi gereken bir hak olduğu ileri sürülürken, icra yetkisinin kime karşı ve nasıl yöneltileceğine ilişkin bir açıklık yoktur.

İcra hakkının devlete karşı yöneltilen bir hak olması nedeniyle tarafların, sözleşme yaparak bu hakkı sınırlandıramayacakları veya bu haktan vazgeçemeyecekleri kabul edilirse, aynı kuralın icra yetkisi için de geçerli olması gerekir. Zira icra yetkisinin de devlete yöneltilmesi gerekir²⁸⁹. Örneğin alacaklı, ödeme emrinin kesinleşmesi üzerine icra dairesine (devlete) yönelteceği taleple borçlunun mallarının haczini isteyecektir. Bu talep üzerine borçlunun malları icra müdürü tarafından haczedilecektir. Ödeme emrinin kesinleşmesi alacaklının borçlunun mallarına müdahale etme hakkını doğurmaz. Alacaklı sadece haciz işlemlerinin yapılmasını talep edebilir.

İcrayı engelleyen ve genişleten sözleşmelerin kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle geçersiz, buna karşılık icrayı daraltan sözleşmelerin ise, icra yetkisine ilişkin olması nedeniyle geçerli olduğu²⁹⁰ yönündeki görüş kabul edilmemiştir. Öncelikle burada kesin olarak menfaatlerin kamusal ve bireysel olarak değerlendirilmesi, bu şekilde genelleme yapılması doğru değildir. İcra takibinin yapılmasında veya yapılmamasında ya da herhangi bir şekilde sınırlandırılmasında veya sınırlandırılmamasında devletin bir çıkarının olduğu söylenemez. Devletin bu konuda menfaati olduğu kabul edilse bile, bu menfaat alacaklının menfaatinden çok daha dar kapsamda kalacaktır. Bunun dışında, icrayı engelleyen sözleşmelerin ve icrayı genişleten sözleşmelerin kamu düzenini ilgilendirmesi, buna karşılık icrayı daraltan sözleşmelerin sadece bireysel menfaatleri ilgilendiriyor olmasını anlamak mümkün değildir²⁹¹.

İcra sözleşmelerini inceleme konusu yapan Rinck de sözleşme özgürlüğünün bütün hukuk düzeninin bir kurumu olduğunu kabul etmekte ve bundan dolayı icra

²⁸⁸ Schug, s.129.

²⁸⁹ Schug, s.130.

²⁹⁰ Schiedermaier, s.85.

²⁹¹ Schug, s.130.

hukukunda da sözleşme özgürlüğünün yeri olduğunu belirtmektedir²⁹². Rinck, cebri icra hakkı ve cebri icra yetkisi şeklinde yapılan ve icra sözleşmelerinin konusu bakımından sınırlandırma aracı olarak kullanılan ayırımın gereksizliğine inanmaktadır. Yazara göre, bu iki kavram arasındaki fark, bunu savunanlar tarafından açıkça ortaya konulamamıştır²⁹³.

4- Görüşümüz

Sözleşmelerin tarihsel gelişimi bakımından eski dönemlerde, sözleşmeler sadece özel hukuka ait bir kurum olarak değerlendirilmiştir. Ancak artık bu düşünce terkedilmiş, sözleşmelerin sadece özel hukuka ait bir kavram ve kurum olmadığı hukukun ortak bir kurumu olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla bu gün egemen olan düşünceye göre, sözleşme hem özel hukukta hem de kamu hukukunda yeri olan bir kavram ve kurumdur²⁹⁴. Sözleşme, hukukun ortak bir kurumu olmasına rağmen sözleşmelerin farklı hukuk alanlarında farklı görünümünün olması mümkündür. Her hukuk alanında, o alanın kendi özelliklerine göre, sözleşmelerin şartları, sözleşme özgürlüğünün sınırı farklı olacaktır²⁹⁵. Sözleşme özgürlüğünün kanundaki düzenlemesi olumlu olabileceği gibi olumsuz şekilde de olabilir. Kanun koyucunun bazen bir konuda açıkça sözleşme özgürlüğünü tanıdığı, bazen de önemli ölçüde sınırladığı veya tamamen ortadan kaldırdığı görülmektedir²⁹⁶.

Bu açıdan değerlendirildiğinde sözleşme kavramının icra hukuku alanında da yerinin olduğunu söylemek mümkündür. İcra hukukunun kamu hukuku karakterli olması, icra hukukunda sözleşme özgürlüğünün yeri olmadığı veya sadece kanunda izin verilen sözleşmelerin yapılabileceği, bunun dışındaki sözleşmelerin geçerli olmadığı anlamına gelmez²⁹⁷. Zira sözleşme kavramı sadece özel hukuka has bir kavram olmayıp, tüm hukuk alanlarında geçerliliği ve uygulanabilirliği olan bir kavramdır. Tarafların icra dairesinin yetkisine ilişkin sözleşme yapabilmesi ve bu sözleşmenin icra

²⁹² Rinck, s.41.

²⁹³ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.388; Rinck, s.60.

²⁹⁴ Burckhardt, s.1; Hellwig, s.30; Schiedermair, s.1, 30; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.383; Brox/Walker, s.127; Gaul, Zulaessigkeit, s.348; Lüke, W., s.422.

²⁹⁵ Schiedermair, s.32.

²⁹⁶ Burckhardt, s.2.

²⁹⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.383; Lüke, W., s.422.

sürecini etkilemesi, yani bu sözleşmenin maddî hakka ilişkin olmaması, bu görüşü desteklemekte ve icra hukukunun karşılıklı sözleşmelere yabancı olmadığını göstermektedir. Aynı zamanda sözleşme kurumu icra hukukunun amacına ve hukukî güvenliğe tamamen aykırı da değildir, bunun yanı sıra icra hukukunda egemen olan tasarruf ilkesiyle uyum içindedir²⁹⁸. Sözleşmenin, yapıldığı alandaki genel ilkelerle çatışmamak kaydıyla, tarafların sözleşme yapmasına bir engel olmadığı ve hatta böyle bir engel konulmasının ve bunun katı bir şekilde uygulanmasının, o hukuk alanının işlerliğini ortadan kaldıracağı kabul edilmektedir²⁹⁹.

Bunun yanında, İcra ve İflâs Kanunu'nda hiç boşluğun olmadığı, kanunun bütün olasılıkları göz önünde bulundurduğu ve hiçbir şekilde taraflarca değiştirilemez kurallardan oluştuğunu ileri sürmek mümkün değildir. Elbette icra hukukundaki kuralların bir çoğu emredici niteliktedir ve tarafların bu emredici kuralları sözleşme aracılığıyla değiştirmesi mümkün değildir. Ancak icra hukukunda da, diğer bir çok hukuk alanında olduğu gibi, emredici kuralların yanında emredici olmayan, dolayısıyla tarafların sözleşmeyle değiştirebilecekleri kurallar vardır³⁰⁰. Aynı zamanda kanunun herhangi bir yerindeki ifadesinden, kanunda düzenlenen sözleşmelerden başka sözleşmelerin taraflarca yapılamayacağına dair bir sonuç çıkarmak mümkün değildir.

Bütün hukuk alanlarında tarafların iradesine belirli ölçüde geçerlilik tanınmıştır. Bu bir yönüyle kanun koyucunun iradesine, bir yönüyle de o hukuk alanının yapısına bağlı olarak farklılık göstermektedir. Örneğin medenî hukuk alanında bir çok kural tarafların sözleşme yaparak değiştirebilecekleri nitelikte olmasına rağmen, icra hukuku alanında tarafların tasarruf alanı daha kısıtlıdır ve emredici kurallar daha fazladır³⁰¹.

Tarafların kendi hukukî ilişkilerini kendi iradelerine uygun şekilde düzenleyebilmeleri çoğu zaman bir gereklilik olarak ortaya çıkacaktır. Zira öncelikle kanun koyucunun gelecekte ortaya çıkabilecek bütün ihtimalleri önceden öngörmesi ve bunlar için kanunî düzenlemeler yapması mümkün değildir³⁰². Ayrıca sözleşmeyle,

²⁹⁸ Schiedermair, s.2.

²⁹⁹ Karşlı, s.192; Burckhardt, s.8.

³⁰⁰ Schiedermair, s.47; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.384; Bohn, s.22; Gaul, Zulaessigkeit, s.348.

³⁰¹ Rinck, s.41; Bohn, s.22; Lüke, W., s.422.

³⁰² Oskar Bülow, Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 1881/64, s.82.

tarafların kendi menfaatlerine en uygun olan hukukî durumları oluşturacakları varsayılmaktadır. Bütün bunlara binaen kanun koyucu bireysel menfaatlerle toplumsal menfaatleri değerlendirerek, kamu menfaatine zarar vermemek üzere bireylerin kendi hukukî ilişkilerinde etkili olabilme imkanını vermiştir³⁰³.

İcra hukukunda tarafların icra sürecini etkileyen bir sözleşmeyi, kanunda öngörülmüş olmasa bile yapıp yapamayacakları sorusuna bu gün artık genellikle olumlu cevap verilmektedir. Sözleşme kavramının sadece özel hukuka ait bir kavram olarak görülmemesi ve yukarıda sıraladığımız diğer sebepler bu sonuca ulaşmamızı sağlamaktadır³⁰⁴.

Kanaatimizce icra hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü, maddî hukuk alanındaki sözleşme özgürlüğüne oranla oldukça dardır. Aynı zamanda icra hukukundaki sözleşme özgürlüğünün, usul hukukundaki sözleşme özgürlüğünden de daha dar olduğu kanaatindeyiz. Zira öncelikle cebri icra faaliyetinde devletin bir tekeli söz konusudur. Devletin icra faaliyetindeki tekeli, bu alandaki faaliyetin şartlarının, icra araçlarının ve bu faaliyetin etkilerinin neler olacağının belirlenmesi yetkisinin de devlette olması sonucunu doğurmaktadır³⁰⁵. Devlet, icra hukukunun şartlarını, araçlarını ve etkilerini düzenlerken genellikle bunları emredici normlarla düzenlemektedir. İcra faaliyetindeki cebri icra organlarının tekeli ve bu faaliyetin kurallarının genellikle emredici şekilde düzenlenmesi, devletin bu alandaki müdahalesini ve etkinliğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu da, bireylerin icra hukukundaki hareket serbestisini sınırlandırıcı niteliktedir. Yani icra hukuku alanında, taraf iradesinin rolü oldukça sınırlandırılmış, tarafların bu süreci olabildiğince etkilemesi engellenmek istenmiştir. Medenî usul hukukunda ise, tarafların tahkim sözleşmesi yaparak aralarındaki uyuşmazlığın çözümü için, devletin mahkemelerini devre dışı bırakıp, özel üçüncü kişilere³⁰⁶ başvurma imkanları vardır. Buna karşılık icra hukukunda tarafların anlaşarak bir başka organa veya özel kişiye müracaat imkanı yoktur. Mutlaka devletin oluşturduğu icra organlarına başvurulması ve onlar aracılığıyla bu faaliyetin yürütülmesi gerekir.

³⁰³ Schiedermaier, s.48.

³⁰⁴ Rinck, s.39; Schiedermaier, s.2.

³⁰⁵ Stein, s.8.

³⁰⁶ H. Yavuz Alangoya/M.Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2004, s.602.

Devlet tekelinde yürütülen cebri icra faaliyeti, kamusal bir faaliyettir³⁰⁷. İcra faaliyeti yürütülürken yapılan haciz, paraya çevirme ve satış sonucu elde edilen paranın alacaklıya ödenmesi hep kamu hukukuna ilişkin tasarruflardır³⁰⁸. İcra organlarının, bu faaliyeti yürütme yetkisinin hukukî kaynağı kamu hukukudur. Bu kamusal faaliyetin yürütülmesi için devletin cebri icra organlarına yüklenilmiş olan bir görev söz konusudur³⁰⁹. Bu nedenle icra hukuku alanında sıkı şekil şartları öngörülmüştür ve bu da tarafların icra hukuku alanındaki hareket serbestisini kısıtlamaktadır³¹⁰. Bütün bu nedenlerle, icra hukukunda sözleşme özgürlüğünün hem maddî hukuka hem de medenî usul hukukuna oranla daha dar olduğunu, bu alanda aşağıda inceleyeceğimiz, kamu düzeni araştırmasının daha sıkı ve özenli bir şekilde yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

II. İCRA SÖZLEŞMELERİNDE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Sözleşme kurumunun icra hukukuna yabancı olmadığını, sözleşmenin icra hukuku alanında da uygulama alanı olduğunu belirledikten sonra, sözleşme özgürlüğünün icra hukuku alanındaki sınırının tespit edilmesi gerekir.

İcra sözleşmelerinin istenilen hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için, bu sözleşmelerin geçerliliğinin hukuk düzenince tanınması gerekir. Bir başka deyişle, taraflarca icra sürecini etkilemek amacıyla yapılmış olan sözleşmelerin, etkilerini hukuken doğurabilmesi, bu sözleşmelerin geçerliliğine bağlıdır. Sözleşmenin geçerliliği sorunu, sözleşme yapılan hukuk alanında sözleşme özgürlüğünün sınırına bağlıdır³¹¹. Bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı, sözleşmenin taraflarının sözleşme kurulurken elde etmek istedikleri hukukî etkilere hukuk düzeni tarafından izin verilmiş olup olmamasına göre belirlenir³¹².

İcra sözleşmelerinin geçerliliğini de bu çerçevede değerlendirdiğimizde, tarafların icra sözleşmesini yaparken ulaşmak istedikleri hukukî etkilere bakmak gerekir. Sözleşmenin taraflarının icra sürecinde meydana getirmek istedikleri etkiye icra

³⁰⁷ Üstündağ, s.11; Umar, s.206.

³⁰⁸ Arslan, s.57; Gaul, Hukukun Esasları, s.60; Musielak, s.357.

³⁰⁹ Umar, s.206.

³¹⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.383.

³¹¹ Wagner, s.48, 49.

³¹² Schiedermaier, s.45.

hukukunca izin veriliyorsa, sözleşmenin geçerli olduğundan, bu etkiye izin verilmiyorsa sözleşmenin geçerli olmamasından söz edilecektir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça sözleşme yapılabileceğine ilişkin hüküm bulunan³¹³ veya kanunda açıkça tarafların sözleşme yapması yasaklanmış olan hallerde³¹⁴ herhangi bir tereddüt yoktur. Zira burada kanunun açık düzenlemesinden ya tarafların bir konuda sözleşme yapabilecekleri³¹⁵ veya yine kanunun açıkça yasaklamış olması sebebiyle tarafların sözleşme akdedemeyecekleri³¹⁶ anlaşılmaktadır.

İcra hukuku bakımından tereddütlü nokta ise, tarafların icra sürecini etkileyen bir sözleşmeyi, kanunda öngörülmüş olmasa bile yapıp yapamayacaklarında toplanmaktadır. Bu tereddüdün sebebi de, İcra ve İflâs Kanunu'nda sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel bir düzenlemenin olmamasıdır. Kanunda yer alan ve tarafların sözleşme yapabileceğini veya yapamayacağını düzenleyen hükümlerden, kanunda düzenlenmemiş olan sözleşmeler için bir yargıya varmak mümkün olmamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu m.20'de kanunun belirlediği sürelerle ilişkin sözleşme yasağı konulmuş olması ve yine m.83/a'da, "82. ve 83. maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir" şeklinde bir düzenlemenin olması şu soruyu akla getirmektedir: Acaba kanunun getirmiş olduğu bu yasaklamaların dışındaki sözleşmelerin yapılmasına kanun izin vermiştir denilebilir mi? Bir başka deyişle, acaba icra hukukunda da, borçlar hukukunda olduğu gibi geniş bir şekilde sözleşme özgürlüğünün olduğu kabul edilebilir mi?

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan söz konusu düzenlemelerden bu sonucu çıkarmak oldukça zordur. Zira belirtilen maddelerde, kanun koyucu bu konuların önemi nedeniyle, bunlara ilişkin sözleşme yasağını açıkça vurgulamak istemiştir. Bundan diğer sözleşme türlerine ilişkin bir yasak getirilmediği ve dolayısıyla genel sınırlamalara tabi olmak şartıyla sözleşme özgürlüğünün, borçlar hukukunda olduğu gibi geniş bir şekilde icra hukukunda da var olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Bu noktada artık tarafların sözleşmeyle hukukî ilişkilerini etkileyebilecekleri belirlenmiş olmaktadır. Ancak bunun sınırının nerede başlayıp nerede sona erdiğinin

³¹³ Örneğin m.78, II'de yer alan icra dairesi önünde yapılan taksit sözleşmesi.

³¹⁴ Örneğin m.20'de yer alan sürelerle ilişkin sözleşme yasağı.

³¹⁵ Sözleşme vasıtasıyla icra sürecini etkileyebilecekleri.

belirlenmesi gerekir. Bunun sınırı ise, her hukuk alanında farklılık gösterecektir. Dolayısıyla her hukuk alanının kendi ilkeleri, amacı çerçevesinde bir sınırlamanın belirlenmesi gerekir³¹⁷. İcra hukukunda irade serbestisinin sınırlandırılması bakımından öncelikle yapılan sözleşmelerin emredici normlara aykırı olmaması ölçütü üzerinde duracağız. Daha sonra ise, sözleşme özgürlüğünün amaç ve ilkeler bakımından sınırlandırılması üzerinde duracağız.

İcra hakkı ve icra imkanı kavramlarının kullanılması mümkündür. Ancak bu kavramlar, icra hakkı-icra yetkisi ayrımını kabul eden görüşün temsilcilerinin kullandığı gibi teknik anlamda kullanılmamakta, özellikle de icra yetkisi veya icra imkanı kavramı, sadece kavramsal anlamıyla kullanılmaktadır. Bu kavramların sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir ölçüt olarak kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Yukarıda³¹⁸ bu görüşün eleştirisinde yer verdiğimiz düşüncelere katılarak, sözleşmelerin sınırlandırılması bakımından böyle bir ayrımın gerekliliğine inanmamaktayız.

1. Emredici Normlar

Emredici norm, tarafların sözleşmeyle aksini kararlaştıramayacakları ve herkes tarafından uyulması zorunlu normlardır. Emredici olmayan norm ise, tarafların aksini kararlaştırmamış olmaları durumunda uygulama alanı bulan normlardır³¹⁹. Dolayısıyla tarafların sözleşme yapma serbestisi emredici kurallara aykırı olmayan alanda geçerli olacaktır³²⁰. Emredici kurallar kamu düzeni amacıyla veya hukukî ilişkide zayıf konumda olan kişiyi koruma amacıyla getirilmiş olabilir³²¹.

³¹⁶ Sözleşme vasıtasıyla icra sürecini etkileyemeyecekleri.

³¹⁷ Schiedermaier, s.49.

³¹⁸ § 3-C-I-3-b.

³¹⁹ Edis, s.155; Bilge Öztan, *Medenî Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 2004, s.18, 20; Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1986, s.183, 184; Burckhardt, s.36, 37.

³²⁰ Brox/Walker, s.127; Behr, s.122; Blomeyer, s.146; Musielak, s.360; Wieser, *Dispositionsbefugnis*, s.669; Lackmann, s.41; Berkin, s.15; Lüke, W., s.422; Sadık Tüzel, *Hukuku Medenîyede İntizamı Amme Mefhumu*, AC 1938/29, s.1824; Erman, H., s.609.

³²¹ Özsunay, s.183; Tüzel, s.1852; Wieser, *Dispositionsbefugnis*, s.669; Edis, s.157.

a) Kamu Düzeni Bakımından Sınırlandırma

Kamu düzeni, “örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını koruyan kanun kuralları” olarak tanımlanabilir³²².

Emredici olmayan yargılama hukuku kuralları ilk defa Bülow tarafından incelenmiştir. Yargılama hukukunda emredici olan ve emredici olmayan hukukun çerçevesi belirlenmiştir³²³. Yargılama hukukunda, yargılama hukukunun kamu hukuku karakterli olması sebebiyle bir çok kuralın emredici nitelikte olduğu doğrudur, ancak buna rağmen yargılama hukuku da tarafların üzerinde tasarruf edebileceği kurallar içermektedir. Bu bir yönüyle gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Zira kanun koyucunun önceden bütün olasılıkları düşünerek, bütün hukukî olasılıkları öngörerek kurallar koyması düşünülemez³²⁴.

Bülow tarafından ortaya konulan bu öğreti, daha sonra Schiedermair tarafından geliştirilmiştir. Buna göre, icra sözleşmelerinin geçerli olup olmaması bakımından, emredici norm ile emredici olmayan norm arasındaki sınır belirleyici olacaktır³²⁵.

Sözleşmelerin geçerliliği bakımından sorun, emredici kurallar ile emredici olmayan kuralların sınırının belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. İcra hukukunda devletin egemenliği hissedilmekte ve devletin, tarafların haklarını gerçekleştirmeye yönelik faaliyeti bulunmaktadır. Devlet bu faaliyeti sırasında tarafların menfaatlerini korurken, aynı zamanda toplum menfaatlerini de korumak durumundadır³²⁶. Sonuç olarak, emredici icra hukuku kuralları ile emredici olmayan icra hukuku kuralları arasındaki sınırın, bireysel menfaatler ile kamu menfaatlerinin birlikte değerlendirilmesinden çıkarılması gerekir. Bir sözleşmeden dolayı kamu yararının zedelenmesi söz konusu değilse, o sözleşme geçerli kabul edilecek, ancak yapılan sözleşme nedeniyle kamu yararının zedelendiği ve kamu yararının o sözleşmenin ortaya çıkardığı etkileri yasakladığı anlaşılıyorsa, yapılan sözleşme geçersiz kabul edilecektir³²⁷.

³²² Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s.42, 43.

³²³ Bülow, s.1 vd.

³²⁴ Bülow, s.15, 45.

³²⁵ Schiedermair, s.48.

³²⁶ Schiedermair, s.57.

³²⁷ Schiedermair, s.58.

Ancak kamu yararı/kamu düzeni kavramı açık ve çerçevesi tam olarak belirli olan bir kavram değildir³²⁸. Bu kavramın kaynağı kamu hukukudur, ama diğer hukuk alanlarında da kullanılmaktadır ve bütün hukuk disiplinleri için önemi inkar edilemeyecek bir kavramdır³²⁹. Örneğin kamu düzeni ve kamu yararı kavramı icra hukukunda da kullanılmakta, icra müdürünün bazı durumlarda resen (görevinden dolayı) bir takım şeyleri göz önünde bulundurması gerektiği Kanunda belirtilmektedir. Kanun koyucu bazı durumlarda kamu yararının varlığını baştan açıkça kabul etmiş ve bazı şartların resen gözetilmesi gereğini getirmiştir³³⁰. Kanunda, resen gözetilmesi gereken konular her zaman açıkça belirtilmemiştir. Bu durumda yine yapılması gereken, somut olayda kamu yararının olup olmadığının belirlenmesine bağlı olacaktır³³¹.

Bazı durumlarda ise, İcra ve İflâs Kanunu'nda açıkça yer almamasına rağmen kamu düzeni kavramına dayanılmıştır. İcra ve İflâs Kanunu'na göre, icra takip işlemlerine karşı şikayet süresi kural olarak yedi gündür (m.16, I). Ancak yapılan işlem kamu düzeniyle bağdaşmıyorsa, şikayet süreye bağlı değildir. İcra ve İflâs Kanunu'nda bu konuya ilişkin bir hüküm bulunmamasına rağmen doktrin³³² ve uygulamada³³³ kamu düzenine aykırı bir işlemin söz konusu olması halinde, bu işleme karşı süresiz şikayet

³²⁸ “Neyin kamu yararına olduğunun, neyin olmadığına saptanması, bir noktada siyasal bir sorun olmakta ve bu nedenle, üzerinde herkesi tatmin edici tam anlaşma olanağı bulunmamaktadır.” (Yılmaz, Sözlük, s.627).

³²⁹ Yılmaz Altuğ/Mustafa Yasan, Milletler Arası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s.139; Edis, s.157; Yılmaz Altuğ, Âmme İntizamı ve Tesirleri, AÜSBFD Doç. Dr. Cem Sar'a Armağan 1972/3, s.371.

³³⁰ Örneğin kambyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte alacaklı takip talebine kambyo senedinin aslını eklemek zorundadır (m.167, II). İcra müdürü, takip talebine kambyo senedinin aslının eklenip eklenmediğine resen dikkat etmek zorundadır. Zira burada bir kamu yararı vardır. Çünkü kambyo senetleri kıymetli evrak niteliğindedirler ve eğer alacaklı takip talebiyle birlikte senedin aslını icra dairesine vermezse, bu senede dayanılarak hem icra takibinin yapılması hem de bu kambyo senedinin piyasada tedavül etmeye devam etmesi mümkün olur (538 sayılı Kanuna ilişkin Millet Meclisi Adalet Komisyonu gerekçesinde yer alan gerekçeler için bkz. Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku C:II, İstanbul 1990, s.1648). Burada kamu yararının olması nedeniyle, böyle bir duruma engel olmak için senedin aslının takip talebine eklenip eklenmediğinin icra müdürü tarafından resen gözetilmesi gereği öngörülmüştür.

³³¹ Schiedermaier, s.58.

³³² Pekcanitez, s.85; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.72; Kuru, El Kitabı, s.101; Kuru, s.94; Postacıoğlu, s.69; Üstündağ, s.63, 64; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s.69; Fritzsche/Walder, s.62; Yıldırım, M.K., s.23; Amonn/Gasser, s.42; Muşul, s.122; Belgesay, s.64; Arar, s.48; Kuru, s.94; Talih Uyar, İcra Hukukunda Şikayet, Manisa 1991, s.548.

yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir. Kamu düzenine aykırılık halinde şikayetin süreye tabi olmaması hukukun genel ilkelerinden çıkarılmaktadır. Zira kamu düzenine aykırılık varsa belirli bir sürenin geçmesiyle bu işlemlerin düzelmesi mümkün değildir³³⁴.

Bireysel menfaatlerin, kamu menfaatleriyle sınırlandırılmasında sabit ve sürekli geçerli bir ilke, genel bir sınır koymak mümkün değildir. Bu sınır çoğu defa, zamana ve devlet politikasının temel görüşüne göre farklılıklar göstermektedir³³⁵. Kamu düzeni anlayışının yaşanan zamana, toplumdaki ahlak anlayışına, kısacası toplumda egemen olan değerlere göre şekillenmesi ve toplumdaki bu değerlerin zamanla değişiklikler göstermesi sebebiyle, kamu düzeninin kanunlarda tanımlanmamasının daha uygun olduğu kabul edilmektedir³³⁶. Kamu düzeni belirli bir ülkede ve belirli bir zaman dilimi içinde geçerli olan değerler bütünü olarak kabul edildiğinden, ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülkede zamana göre değişiklikler gösterecektir. Kamu düzeni kurallarının bu şekilde değişkenlik göstermesi sebebiyle sınırlı sayıda sayılması söz konusu değildir³³⁷. Somut olayda kamu düzenine ilişkin belirlemeyi hakim yapacaktır³³⁸ ve bunu yaparken de o gün toplumda genel kabul gören değerlere göre hareket edecektir³³⁹.

Kamu düzeni niteliği taşıyan kanun hükümlerini kişiler sözleşmeyle değiştiremezler veya ortadan kaldıramazlar³⁴⁰. Kamu düzeni, irade serbestisini sınırlayan bir niteliğe sahiptir³⁴¹. Kamu düzeni kavramının, sözleşmenin tarafları için, sözleşme özgürlüğünün en önemli sınırı olduğunu ortaya koyduktan sonra şu tespitler yapılabilir:

³³³ “İlaman içeriğine uygun biçimde infazı, kamu düzeni ile ilgili önemli bir konu olduğundan, ilama aykırı işlem yapıldığı konusu İİK.’nun 16/2 maddesi gereğince süresiz şikayete tabidir...” (12.HD 5.2.1990, 7818/681:Uyar, Şikayet, s.557).

³³⁴ Pekcantez, s.85.

³³⁵ Hatemi, s.43; Schiedermaier, s.59; Edis, s.157; Sadık Tüzel, Hukuku Medeniyede İntizamı Amme Mefhumu II, AC 1938/29, s.1988; Erman, H., s.613; Altuğ, s.376.

³³⁶ Edis, s.157; Altuğ, s.376; Osman Berki, Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı, İzBD 1945/8-9, s.11.

³³⁷ Altuğ/Yasan, s.140, 142, 149.

³³⁸ Süha Tanrıver, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizinde Kamu Düzeninin Rolü, Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s.567; Tüzel, İntizamı Amme II, s.1987.

³³⁹ Altuğ/Yasan, s.143.

³⁴⁰ Altuğ/Yasan, s.141; Bohn, s.22.

³⁴¹ Tanrıver, Kamu Düzeni, s.567.

Kanunun açık ifadesinden bazen emredici hukuk ile emredici olmayan hukuk arasındaki sınır kolayca anlaşılabilir³⁴². Kanunun açık ifadesinden bazı durumlarda sözleşme yapılamayacağı öngörülmüşse, burada emredici kural olduğu açıktır ve kamu yararından söz edilebilecektir. Örneğin m.20’de yer alan sürelerle ilişkin sözleşme yasağı emredici niteliktedir ve bunun aksine olarak süreleri değiştiren bir sözleşme yapılırsa bu sözleşme geçersiz olacaktır.

Kamu yararı ile bireysel yararın değerlendirmesi her bir sözleşme için ayrı ayrı yapılmalıdır. Bütün sözleşmeler için genel bir kural konulması mümkün değildir. Kanunda düzenlenmeyen sözleşmeler için baştan geçerlidir veya geçersizdir şeklinde genel bir yargıya varılması mümkün değildir³⁴³. Buna karşılık, kanunda yasaklanmamış olan sözleşmelere izin verilmiş olabileceği söylenebilir³⁴⁴. Ancak bu noktada da şu şekilde genel bir sınır konulabilir: Sözleşmeyle elde edilmek istenen etkiler, kanunun emredici normlarına, kamu düzenine hizmet eden hükümlerine aykırı ise, sözleşme bu nedenle geçersiz olacaktır.

Aynı zamanda icra takibinin yapılması bakımından gerekli icra edilebilirlik şartları da emredici niteliktedir; bu nedenle söz konusu şartlar sözleşmeyle değiştirilemez³⁴⁵. Örneğin ilamlı icra yoluna başvurulabilmesi için alacaklının elinde ilam veya ilam niteliğindeki belgelerden³⁴⁶ birisinin olması gerekir. İlamlı icraya başvurulması gereken bir durumda, taraflar, alacaklının elinde ilam veya ilam niteliğindeki belgelerden birisi olmasa dahi ilamlı icraya başvurulabileceğini kararlaştıramazlar. Çünkü ilamlı icrada ilam veya ilam niteliğindeki belge olmazsa olmaz şartlardan birisidir. Bu şartın sözleşmeyle ortadan kaldırılması mümkün değildir³⁴⁷. Böyle bir sözleşme, kanunun emredici bir hükmüne aykırılık teşkil etmesi nedeniyle geçersiz olacaktır.

³⁴² Schiedermair, s.64.

³⁴³ Hellwig, s.84.

³⁴⁴ Schiedermair, s.55.

³⁴⁵ Emmerich, s.423; Wagner, s.764; Bohn, s.20.

³⁴⁶ İlam niteliğindeki belgeler için bkz.: Tanrıver, s.84 vd.

³⁴⁷ Schiedermair, s.84; Emmerich, s.424.

b) Koruyucu Hükümler Bakımından Sınırlandırma

Emredici hukuk normlarıyla emredici olmayan hukuk normları için sınır olabilecek bir diğer ölçüt ise, kanun koyucunun açıkça koruyucu bir hüküm öngördüğü durumlarda karşımıza çıkar. Kanun koyucu bazen taraflardan birini, onun bilgisizliğinden veya zayıflığından dolayı, korumak amacıyla hüküm getirmiş olabilir. Kanun koyucu sadece icra hukukunda değil, aynı zamanda maddî hukukta³⁴⁸ da hukukî ilişkide zayıf konumda olan tarafı koruyan hükümler öngörmüş ve bununla sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirmiştir. İcra hukukunda yer alan koruyucu hükümler maddî hukukta yer alanlara oranla daha geniştir ve icra hukukundaki taraflar korunmaya daha muhtaçtır³⁴⁹.

İcra takibinde çatışan iki menfaat karşı karşıyadır³⁵⁰. Bir taraftan borçlunun temel haklarına müdahale söz konusu olduğu için, bu müdahalenin belirli sınırlar içinde yapılması ve diğer taraftan ise, alacaklının hakkının yerine getirilmesi söz konusudur³⁵¹. Bu nedenle kanun koyucu çatışan menfaatleri dengelemek amacıyla her iki tarafı da koruyucu nitelikte hükümler öngörmüştür³⁵². Borçluyu koruyan hükümler öngörülmezse, borçlunun ekonomik ve sosyal varlığı tehlikeye düşer; buna karşılık borçluyu koruyan hükümler çok geniş tutulursa, alacaklının haklarını elde edememesi ve bunların sadece kağıt üzerinde kalması ihtimali ortaya çıkar. Bu nedenle hukuk düzeni bu iki çatışan menfaat arasında bir orta yol bulmaya çalışmaktadır³⁵³. Nitekim kanun koyucu haczi koyan memurun borçlu ve alacaklının menfaatlerini mümkün olduğunca telif etme yükümlülüğünün olduğunu açıkça belirtmiştir³⁵⁴ (m.85, VI).

³⁴⁸ Özel hukukta, özellikle iş hukuku, kira hukuku ve tüketici hukuku alanında zayıf olan tarafı korumaya yönelik hükümler önemli bir yer tutmaktadır.

³⁴⁹ Wagner, s.61.

³⁵⁰ Ramazan Arslan, İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler ve Yenilikler, ABD 1989/1, s.137; Yılmaz, Gelişmeler, s.882; Rinck, s.112; Berkin, İcra Memurları, s.290; Tanrıver, s.33; Stürner, Grundlinien, s.9; Jauernig, s.138.

³⁵¹ Rinck, s.112; Geissler, s.281; Gerd Ochs, Auf welchen Zeitpunkt ist bei der Entscheidung über die Unpfaendbarkeit gem. § 811 ZPO NJW 1959/5, s.181; Berkin, İcra Memurları, s.290; Stürner, Grundlinien, s.9; Jauernig, s.138.

³⁵² Jauernig, s.139; Ochs, s.181.

³⁵³ Jauernig, s.8.

³⁵⁴ "... İİK.nun 85.maddesinin son bendi gereğince haczi koyan memur borçlu ile alacaklının menfaatini mümkün olduğu kadar telif etmekle mükelleftir..." (11.HD 31.7.1987 12091/8559: YKD 1988/1, s.68).

Şayet kanunun ifadesinden taraflardan birini korumaya yönelik hükmün varlığı anlaşılabilirse, bu durumda, yine emredici bir hükmün varlığından söz edilebilecektir. Kanunlarda bu şekilde yer alan koruyucu hükümlere rastlanmaktadır ve bu, modern devlet anlayışının bir sonucudur. Aynı zamanda tarafları koruyan hükümler getirmek, modern devletin bir görevidir³⁵⁵.

Kanunda yer alan koruyucu hükümlerin, özellikle icra sözleşmeleri bakımından özel bir önemi vardır. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nda özellikle borçluyu koruyucu nitelikte bir çok hüküm öngörülmüştür. İcra hukukundaki alacaklı ve borçlu ilişkisi, alacaklı için icra imkanları ve hakları, borçlu için ise, yükümlülükler ve koruyucu hükümler içermektedir³⁵⁶. Bu nedenle icra sözleşmeleri bakımından sözleşmelerin geçerliliği özenle incelenmeli, bu sözleşmelerde koruyucu hükümlerin zedelenip zedelenmediğine dikkat edilmelidir. Özellikle aşağıda inceleyeceğimiz icrayı genişleten sözleşmeler³⁵⁷ bakımından bu koruyucu hükümlerin ihlal edilip edilmediğinin incelenmesi özel bir önem arz etmektedir.

Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen şahsiyetin korunmasına ilişkin hükümlerin, icra sözleşmeleri bakımından da dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz³⁵⁸. Buna göre, hukuk düzeni, kişinin kendi kişiliğini oluşturan unsurların aşırı derecede kısıtlanması sonucunu doğuran hukukî işlemleri geçerli kabul etmez; buna şahsiyetin dahili korunması denir. Şahsiyetin dahili korunmasından amaç, sözleşme serbestisi ilkesine sınırlama getirmek; böylece bir kişinin kendisinden daha güçlü olan sözleşme tarafına boyun eğmesini önlemek, böylece kişilerin kendilerini aşırı derecede kısıtlamalarına karşı kendilerini korumaktır³⁵⁹. Kanun koyucu burada taraflar arasındaki kuvvet dengesizliğini gözeterek koruyucu hüküm getirmiştir³⁶⁰. Bu bağlamda yine, kişinin özgürlüğünü hukuka veya ahlaka aykırı şekilde sınırlandırması kabul edilmemiştir³⁶¹. İcra sözleşmelerinin geçerliliği bakımından şahsiyetin korunmasına

³⁵⁵ Schiedermair, s.83.

³⁵⁶ Schiedermair, s.84.

³⁵⁷ Bkz. aşa. § 7.

³⁵⁸ Aynı yönde; hacedilmezlikten önceden feragat edilemez. Çünkü borçlu bunun sonuçlarını önceden öngöremez. Bu nedenle, burada, borçluyu kendisine karşı korumak gerekir. Postacıoğlu, s.335.

³⁵⁹ Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, I.Cilt, İstanbul 2002, s.375.

³⁶⁰ Tüzel, s.1852.

³⁶¹ Öztan, s.262; Erman, H., s.612.

ilişkin hükümler de dikkate alınmalıdır. Her şeyden önce icra hukukunda, borçlunun alacaklısına karşı sorumluluğu, sadece malvarlığıyla sınırlıdır³⁶². Bu nedenle, örneğin sözleşmeyle, borçlunun borcunu ödememesi durumunda şahsına karşı cebir kullanılabilmesine ilişkin bir şart öngörülemez. Böyle bir şartın öngörülmesi Türk Medenî Kanunu'nun kişiliğin korunmasına ilişkin hükmüne aykırı olacaktır (TMK m.23).

Alacaklının takip talebini alan icra dairesi, borçluya kendini savunma imkanı vermek için³⁶³ ödeme emri³⁶⁴ göndermesi gerekir (m.60, 61). Borçluya ödeme emri gönderilmeden³⁶⁵, yani borçlunun kendisini savunması için fırsat verilmeden, takibin daha sonraki aşamalarına geçilmesi, örneğin borçlunun mallarının haczedilmesi, mümkün değildir³⁶⁶. Bundan dolayı borçluya ödeme emri gönderilmeden borçlunun mallarının haczedilebileceğini öngören sözleşmeler geçersiz olacaktır. Alacaklı icra takibinde böyle bir sözleşmeye dayansa bile herhangi bir sonuç doğurmayacak, icra müdürü resen ödeme emri gönderecektir³⁶⁷.

İcra takibinde, özellikle borçlunun mallarının haczinde, borçluyu koruyucu hükümlere daha fazla rastlanmaktadır. Öncelikle borçlunun malları haczedilirken haczi

³⁶² Fritzsche/Walder, s.6.

³⁶³ Borçlu kendisine karşı icra takibi yapıldığını ancak ödeme emriyle öğrenebilecektir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.144; Kuru, Ödeme Emri, s.31; Postacıoğlu, s.137; Kuru, s.224; Berkin, s.195; Kuru, El Kitabı, s.186; Carl Jaeger/Hans Ulrich Walder/Thomas M. Kull/Martinn Kottmann, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Band:I, Zürich 1997, s.315).

³⁶⁴ Ödeme emri iki nüsha olarak düzenlenir. Bunlardan birisi borçluya gönderilir, diğeri icra dosyasına konulur. Bu nüshalar arasında farklılıklar olursa, borçluya gönderilmiş olan esas alınır (m.60, VII). Bu da yine borçluyu korumaya yönelik olarak getirilmiş bir düzenlemedir.

³⁶⁵ Borçluya ödeme emri gönderilmeden, alacaklının icra takip işlemlerinin yapılmasını isteyebileceği istisnai haller vardır. Bunların en önemlisi kanunda öngörülen hacze takipsiz iştirak halidir (m.101). Ancak bu halde dahi iştirak talebi borçluya bildirilir ve ona itiraz etme hakkı tanınır (m.101, II). Böylece borçluya kendisini savunması için imkan tanınmaktadır. Bunun dışında, alacaklının rehin açığı belgesine dayanarak (m.152, III) veya aciz belgesine dayanarak bir yıl içinde takip yapması (m.143, III) hallerinde borçluya ödeme emri gönderilmemekle birlikte, alacaklının elindeki söz konusu belgelerin olması, borçluya daha önceden gönderilen ödeme emrine bağlı bulunmaktadır (Postacıoğlu, s.138). Dolayısıyla burada borçluya daha önceden bu konuya ilişkin olarak savunma imkanı verilmiştir. Artık burada borçlunun savunma hakkının ihlali söz konusu değildir.

³⁶⁶ Postacıoğlu, s.137; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.144; Kuru s.224; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, s.315; Kuru, El Kitabı, s.186; Favre, s.117; Fritzsche/Walder, s.199; Kuru, Ödeme Emri, s.31; Üstündağ, s.116; Arar, s.122.

³⁶⁷ Hatta yetkisiz icra dairesinde takip başlatılmış ve bu icra dairesince gönderilen ödeme emri üzerine yetki itirazında bulunulmuş ve bu kabul edilmiş ise, takip dosyasının yekili icra dairesine intikalinden

yapan memur, malın kıymet takdirini de yapar (m.87). Zira borçlunun sadece borcuna ve icra giderlerine yetecek miktardaki malı haczedilebilir (m.85, I). Borçlunun daha fazla malının haczedilmesi söz konusu değildir³⁶⁸. Dolayısıyla alacaklının, borçlu aleyhine icra takibi yapması ve kendisine haciz isteme yetkisinin gelmesi durumunda, alacak miktarına bakılmaksızın, borçlunun bütün mallarının haczedilebileceği ve satılabileceği şeklindeki bir sözleşme geçerli olmayacaktır.

Kanunumuzda borçluyu koruyucu hükümlerden ilk göze çarpanlardan birisi borçlunun haczedilemeyen mal ve haklarına ilişkin olan m.82 ve m.83'te yer almaktadır. Haczi sınırlandıran bu hükümler, borçlunun yararına ve onun korunması amacıyla getirilmiştir. Kanunda haczedilmezliğe ilişkin yer alan hükümler, cebri icranın hiçbir zaman borçlunun ekonomik varlığının tamamen ortadan kaldırılmaması, borçlunun ve ailesinin muhtaç duruma düşürülmesine sebebiyet verilmemesi düşüncesinden kaynaklanmaktadır³⁶⁹. Bu hükümler bir yönüyle de insan onuruna saygının ifadesidir³⁷⁰. Aynı zamanda bu hükümler, medenî hukukta geçerli olan şahsiyetin dahili korunması ilkesinin bir uzantısıdır. Çünkü şahsiyetin dahili korunması ilkesi genel bir ilkedir ve bütün unsurlarıyla birlikte değerlendirilmelidir; bunlardan birisi de ekonomik bütünlüğün korunmasıdır³⁷¹. Ekonomik bütünlüğün sona ermesi sonucunu doğuracak sözleşmeler yapılamaz³⁷². Kanunda bu şekilde koruyucu hüküm getirilmesinin yanı sıra m.83/a'da, bu maddelerde sayılan mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmaların geçerli olmayacağı belirtilmektedir. Burada borçluyu koruyan emredici bir hükmün³⁷³ varlığından dolayı taraflar buna aykırı icra sözleşmesi yapamayacaklardır. Dolayısıyla hacizden önce, haczi mümkün olmayan bir malın haczedilebileceğine ilişkin yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır. Borçlunun mallarının haczinde icra müdürü, malın haczedilip haczedilemeyeceğine karar verir. Kanunda yer alan borçluyu korumaya yönelik

sonra borçluya tekrar ödeme emri gönderilmesi gerekir. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz.: 11.HD 29.5.1998 1921/3986, YKD 1998/10, s.1486.

³⁶⁸ Kuru, El Kitabı, s.367; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.256; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.157; Kuru, s.630; Keip, s.17; Jauernig, s.144; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.59; Yıldırım, M.K., s.86.

³⁶⁹ Keip, s.17; Mohrbutter/Mohrbutter, s.7; Schiedermaier, s.84; Jauernig, s.144.

³⁷⁰ Jauernig, s.138; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.70.

³⁷¹ Öztan, s.261; Akipek/Akıntürk, s.379.

³⁷² Akipek/Akıntürk, s.379.

³⁷³ Keip, s.21.

hükümleri icra müdürü resen dikkate almalıdır³⁷⁴. Hacedilemeyen bir mal varsa, icra müdürü bunu resen gözetmek zorundadır. İcra sözleşmeleri bakımından, tarafları koruyucu hükümlerden sözleşmeyle vazgeçilip vazgeçilemeyeceği önem arz etmektedir. Tarafların sözleşmeyle koruyucu hükümlerden vazgeçip vazgeçemeyeceği konusunda görüş birliği yoktur. Bu konu özellikle hacedilmezlikten feragat bağlamında tartışılmıştır. Bu tür sözleşmelerin haciz sırasında veya hacizden sonra yapılmasının mümkün olup olmadığını aşağıda inceleyeceğiz³⁷⁵.

Hacedilen malların satışının yapılmasında da yine karşılıklı menfaatlerin korunması söz konusudur³⁷⁶. Birinci ve ikinci açık artırmalarda asgari bir bedelin öngörülmüş olması hem alacaklının hem borçlunun karşılıklı menfaatlerini dengelemeye yöneliktir. Zira asgari bir bedel şartı öngörülmemiş olsa idi, bu, borçlunun zararına olurdu ve borçlunun malları çok cüzi bir fiyatla satılabilirdi. Buna karşılık malın gerçek değeri üzerinden satışın yapılması zorunluluğu getirilmiş olsaydı, o zaman da alacaklının zararına olurdu ve borçlunun mallarının satılamaması, dolayısıyla alacaklının alacağını elde edememesi söz konusu olabilirdi. Bu düzenlemeyle kanun koyucu hem borçlunun hem de alacaklının menfaatlerini dengelemeyi amaçlamıştır. Bu hükümlere aykırı olarak birinci açık artırmada, malın tahmin edilen değerinin, yüzde

³⁷⁴ Jauernig, s.144.

³⁷⁵ Bkz. aşa. § 7-C-II.

³⁷⁶ Borçluyu koruyucu hükümlerin gerekliliğinde tartışma olmamasına rağmen, koruyucu hükümlerin bazen icra sürecini zorlaştırdığı ve takibin uzun sürmesine sebep olduğu belirtilerek, bunun karşısında alacaklıyı koruyucu hükümlerin de kanunlarda yer alması gerektiğine işaret edilmiştir. Ancak alacaklıyı koruyan hüküm, özellikle de alacaklının icra takibi sonunda herhangi bir şey elde edememesi durumunda, olmadığı ileri sürülmüştür (Lüke, W., s.381). Ancak kanaatimizce, en azından Türk hukuku bakımından, bunu söylemek mümkün değildir. Zira öncelikle, takip işlemlerini yapan icra müdürü alacaklı ve borçlunun menfaatlerini mümkün olduğu kadar dengelemek zorundadır (m.85, VI). Yine açık artırmanın ilan şekli, artırmanın yapılacağı yer ve günün belirlenmesinde ilgililerin menfaatlerinin dikkate alınacağı belirtilmiştir (m114, II). Kural olarak hacizli malın satışının yapılabilmesi için alacaklı veya borçlunun talebinin olması gerekir. Ancak piyasada fiyatı düşen bir mal söz konusu ise icra müdürü alacaklı ve borçlunun menfaatlerini korumak amacıyla talep olmaksızın bu malların satışına karar verebilecektir (m.113, II). Borçlunun da hacizli malın satışını istemesi mümkündür (m.113, I). Ancak satışın talep edilen zamanda yapılması halinde, alacaklının zararına olacaksa, satışın daha sonra yapılması halinde hacizli malın daha yüksek bir bedele satılması mümkünse, icra müdürü borçlunun talebini yerine getirmeyebilir (Fritzsche/Walder, s.410; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, s.653; Üstündağ, s.287). Bundan başka icra takibi sonunda alacağını tamamen veya hiç elde edemeyen alacaklıya borç ödmeden aciz belgesi (m.105) verilmesi ve bu belgenin m.68 anlamında nitelikli belgelerden sayılması, bu belgeye dayanılarak bir yıl içinde tekrar takip yapılmak istenirse, borçluya yeniden ödeme emri gönderilmesinin gerekmemesi, elinde aciz belgesi olan alacaklılara iptal davası (m.277-284) açma imkanının verilmiş olması alacaklıyı korumaya yönelik getirilmiş hükümlerdir.

altmışının altında, ikinci açık artırmada ise, malın tahmin edilen değerinin, yüzde kırkının altında bir teklif olmasına rağmen satışın yapılabileceğini öngören sözleşmelerin geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira düşük bedelle satışın yapılması borçlunun daha fazla malının satılmasını gerektirecektir. Aynı zamanda bu, uygulamada, açık artırmaya katılanlar arasında suistimal edilmesi ihtimali yüksek olan bir durum meydana getirebilir.

Sonuçta genel bir ilke olarak koruyucu hükümlerden önceden sözleşmeyle vazgeçilemeyeceğini söylemek gerekir³⁷⁷. Ancak kanunda öngörülen koruyucu hükümlerden hiçbir zaman vazgeçilemeyeceği söylenemez³⁷⁸.

2. Amaç ve İlkeler Bakımından Sınırlandırma

İcra hukukunda sözleşme özgürlüğünün çerçevesi, icra hukukunun dayandığı ilkelere, icra hukukunun amacına ve bu bağlamda icra hukukunda geçerli olan kurallara göre de sınırlandırılmalıdır.

İcra hukukunun amacını, özel hukuktan kaynaklanan hakların devletin yardımıyla yerine getirilmesi ve bu yolla hukuk düzeninin korunması olarak tespit ettik³⁷⁹. Tarafların yapacağı icra sözleşmeleri, icra hukukunun amacını tamamen ortadan kaldırmamalı ve dolayısıyla hukuk düzenini zedelememelidir.

İcra sözleşmeleri icra hukukunun temel ilkelerini de ortadan kaldıramaz. Örneğin yapılan sözleşmeyle devletin cebri icra tekeli ortadan kaldırılamaz. Aynı şekilde, borçlunun borcunu yerine getirmemesi durumunda, alacaklının kendiliğinden harekete geçerek, borçlunun mallarına müdahale edebileceğine, borçlunun mallarını satabileceğine ya da borçlunun şahsı üzerinde zor kullanabileceğine ilişkin yapılan sözleşmeler geçersiz olacaktır.

İcra hukukunda sözleşme özgürlüğünü ve sınırlarını incelediğimiz bu bölümde genel ilkeleri koyduktan sonra, aşağıda sözleşme türlerini incelerken her bir sözleşme için ayrı ayrı, sözleşmelerin geçerliliği üzerinde duracağız³⁸⁰.

³⁷⁷ Lüke, W., s.423; Schuschke, s.94; Lackmann, s.41; Mohrbutter/Mohrbutter, s.5, 166; Scönke/Baur/Stürner, s.122; Keip, s.25; Brox/Walker, s.189; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.387.

³⁷⁸ Bu konuya ilişkin bkz.: aşa. § 7-C-II; Schmidt Futterer, Der Verzicht auf Vollstreckungsschutz in Raeumungssachen, MDR 1960/4, s.267.

³⁷⁹ Bkz. yuk. § 2-B.

³⁸⁰ Bkz. aşa. § 5, § 6, § 7.

§ 3. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. HUKUKÎ NİTELİK BELİRLEMENİN GEREKSİZ OLDUĞU GÖRÜŞÜ

I. Görüş

Bu görüşe göre, icra sözleşmeleri ile özel hukuk sözleşmeleri arasında bir sınırın belirlenmesi gereksizdir. Çünkü bu sözleşmeler her iki hukuk alanının unsurlarını içinde barındırmaktadırlar. Bundan dolayı hukukî nitelik belirlenmesine gerek yoktur. Zira maddî hukuk ve icra hukuku o kadar sıkı bir şekilde kesişmektedir ki, kesin bir sınır belirlenmesi ne gerekli, ne de mantıklıdır. Maddî hukukun ve icra hukukunun çoğu zaman bir bütün olarak görülmesi, bir bütünün iki parçası olarak değerlendirilmesi gerekir³⁸¹.

II. Eleştirisi

İcra sözleşmeleri kendi kanunî düzenlemesi içinde ayrıntılı düzenlenmediği için, zaman zaman bu sözleşmeler için maddî hukuk kurallarına başvurulması mümkündür. Ayrıca her iki hukuk dalı arasında sıkı bir bağın olduğu da doğrudur. Ancak her iki hukuk alanının prensipleri, sözleşme ve sözleşmelerin etkisine ilişkin prensipleri farklıdır. İcra hukukunda sözleşmelere ilişkin ilkelerin bulunmaması durumunda, maddî hukuktaki sözleşmelere ilişkin ilkeler, icra hukukunun bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanabilir. Ancak maddî hukuktaki bütün ilkelerin icra hukukunda aynen uygulanması mümkün değildir³⁸².

Bunun yanı sıra bir sözleşmenin icra sözleşmesi mi maddî hukuk sözleşmesi mi olduğu bir çok açıdan önem arz eder. Örneğin; alacaklının borçlusuna belirli bir süre vermesi ve buna ilişkin tarafların sözleşme yapması farklıdır, bu tamamen maddî hukuk hükümlerine tabidir. Ancak alacaklı ile borçlu arasında icra takibinin belirli bir süre yapılmaması konusunda icrayı engelleyen bir sözleşme yapılmış ise, bu da etkilerini icra hukuku sahasında meydana getirecektir ve diğerinden tamamen farklı sonuçların doğmasına neden olacaktır. Bu iki sözleşmenin pratik olarak farklı sonuçlar doğurması

³⁸¹ Wolfgang Zöllner, Materielles Recht und Prozessrecht AcP 1990/190, s.474.

alacaklının doğrudan icra takibine başvurmayıp, öncelikle dava açması durumunda kendisini gösterir. Alacaklı ile borçlu arasındaki borçluya borcunu ödemesi için bir süre verilmesine ilişkin sözleşme, maddî hukuk sözleşmesi ise, borçlu kendisi aleyhine açılan davada bu sözleşmeye dayanarak davanın reddedilmesini sağlayabilecektir. Buna karşılık alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme icranın engellenmesine yönelik bir sözleşme ise, borçlu açılan bu davada sözleşmeyi ileri sürerek davaya engel olamayacaktır. Zira alacaklı borçlusunu aleyhine henüz bir icra takibi yapmamakta, sadece borçlusunu aleyhine alacak davası açarak, alacağını mahkeme kararı ile hüküm altına aldırarak istemektedir. Alacaklının yürüttüğü bir icra takibi olmadığı için de, borçlunun icrayı engelleyen sözleşmeye dayanması ve açılan davaya engel olması mümkün değildir³⁸³.

Maddî hukuk ile icra hukukunun farklılaştığı en önemli noktalardan birisi, maddî hukuktaki sözleşme özgürlüğü ile icra hukukundaki sözleşme özgürlüğünün kapsamlarının farklı olmasıdır. Maddî hukuk, taraflara, icra hukukuna göre daha geniş bir yetki alanı tanımıştır. İcra hukukunda sıkı şekil kurallarının yanında, kanunun emredici hükümlerinin yoğunluğu hüküm sürerken, maddî hukuk alanında ise sözleşme özgürlüğüne ilişkin ilkeler geniş bir uygulama alanı bulmaktadır. Bunun için sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemeksizin, bu sözleşmeye uygulanacak hukuk kurallarını belirlemek mümkün olmayacaktır. İcra sözleşmelerinin hukukî niteliğini tespit etmeksizin bu sözleşmelerin çerçevesini, etkilerini, geçerliliğini ve bu sözleşmelere hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlemek mümkün olmayacaktır. Zira bu konularda maddî hukuk kurallarıyla icra hukuku kuralları bir çok yönüyle birbirinden ayrılmaktadır³⁸⁴. Bu sözleşmeler maddî hukuk sözleşmesi olarak kabul edilirse, o zaman maddî hukuk alanındaki geniş sözleşme özgürlüğü kurallarının uygulanması ve aynı zamanda sözleşmelerle ilgili olarak başka hukukî sorunlara da yine maddî hukuk kurallarının uygulanması gerekecektir. Buna karşılık sözleşmelerin icra hukukuna özgü sözleşmeler olarak kabul edilmesi durumunda, icra hukuku kurallarının uygulanması gerekecektir³⁸⁵.

³⁸² Rosenberg/Gaul/Schilken, s.383; Rinck, s. 17.

³⁸³ Rinck, s.26; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.382; BGH, NJW 1968/15, s.700.

³⁸⁴ Schiedermaier, s.22, 35; Gaul, Zulaessigkeit, s.347; Rinck, s.26; Schug, 85; Bohn, Diss., s.8.

³⁸⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.382.

Bir sözleşmenin geçerliliği ve etkileri konusunda bir değerlendirme yapabilmek için, öncelikle o sözleşmenin hangi alana dahil olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bu tespit yapılmadan sözleşmeye uygulanacak kuralların belirlenmesi mümkün olmayacaktır³⁸⁶.

Yukarıda sıraladığımız sorunlara ilişkin bir sonuca ulaşılabilmesi için öncelikle sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi zorunludur. Bunun tespit edilmesi taraflar için de büyük öneme haizdir. Zira icra hukuku alanında bir çok hüküm taraflar arasındaki çıkar dengesini korumak ve dolayısıyla tarafları korumak için düzenlenmiştir. Ancak maddî hukuk alanında yer alan düzenlemeler daha liberal bir anlayışa dayanmakta ve tarafların korunmasına ilişkin daha az hüküm yer almaktadır³⁸⁷.

Hukukî niteliğin belirlenmesinin gereksizliği düşüncesi icra sözleşmelerine de maddî hukuk alanındaki sözleşme özgürlüğü kurallarının tamamen uygulanması sonucuna götürür, bu ise icra hukukunun bünyesine uygun düşmez.

Hukukî niteliğin belirlenmesi devletler özel hukuku açısından da zorunludur. Çünkü sözleşmeyle ilgili bir uyumsuzluk olması halinde, uyumsuzluğa hangi hukuk kuralının uygulanacağı buna göre belirlenecektir. Sözleşme yargılama hukuku karakterli ise hakimin hukuku (lex fori), maddî hukuk karakterli ise lex causa uygulanacaktır. Buna göre, icra sözleşmeleri yargılama hukuku karakterli olarak değerlendirilirse o zaman sözleşmeye ilişkin hükümler lex fori (hakimin hukuku) çerçevesinde değerlendirilecek, aksi takdirde lex causa'ya göre değerlendirme yapılacaktır³⁸⁸.

İcra sözleşmelerinin hukukî niteliğinin belirlenmesi Alman Federal Mahkeme kararlarına da konu olmuştur. Federal Mahkeme 1967 tarihli bir kararında³⁸⁹, hukukî niteliğe ilişkin bir sorunla meşgul olmuştur. Karara konu olan olayda alacaklı belli bir olay gerçekleşene kadar elde ettiği ilamı icraya koymamakla yükümlüdür. Ancak burada, mahkemenin kararından icra sözleşmelerinin hukukî niteliği konusunda nasıl bir sonuca vardığının tespiti oldukça güçtür. Zira mahkeme bir taraftan genel sözleşme özgürlüğüne atıf yaparak bunun geçerliliğine ilişkin bir şüphenin olmadığından söz ederken, diğer taraftan da açıkça icra sözleşmesi ile mehil vermeyi birbirinden

³⁸⁶ Gaul, Zulaessigkeit, s.347.

³⁸⁷ Rinck, s. 17.

³⁸⁸ Rinck, s. 18.

³⁸⁹ BGH, Urt. v. 11.12.1967-III ZR 115/67 (Hamm.) NJW 1968/15, s.700-701.

ayırmanın gereğine değinmektedir³⁹⁰. İlk ifade maddî hukuka ilişkin bir nitelendirmeye götürürken, ikinci ifade icra hukukuna ilişkin bir nitelemeye sebep olmaktadır³⁹¹. Mahkeme sonuçta net bir görüş ortaya koyamamıştır. Ancak uygulanacak hukuk kurallarının tespiti bakımından hukukî niteliğin belirlenmesi önem arz etmektedir.

B. MADDÎ HUKUK GÖRÜŞÜ

I. Görüş

Bu görüşe göre, icra hukuku alanında yapılan sözleşmeler maddî hukuk sözleşmeleridir. Zira alacaklının icra hukukuna ilişkin müdahale hakkı, maddî hukuktan kaynaklanan ilişkinin ilerlemiş bir evresini oluştur, onun devamı niteliğindedir³⁹². Scherf bu sözleşmeleri, icra edilebilirlik hakkındaki maddî hukuk sözleşmeleri olarak nitelendirmekte ve bu sözleşmelerin özel hukuk ilkelerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ancak, yazar, bunun yanında icra hukuku kurallarının sözleşme özgürlüğünün sınırının belirlenmesinde dikkate alınabileceğini de ileri sürmektedir³⁹³.

Scherf bu incelemesinde, alacaklının maddî hukuktan kaynaklanan talebiyle³⁹⁴, devlete yöneltilen ve kamu hukuku karakterli olan icra takip işlemlerinin yürütülmesine ilişkin talebi³⁹⁵ üzerinde durmaktadır. Scherf, alacaklının icra takibinde belirli bir önlemin alınmasına (örneğin haciz işleminin yapılmasına) yönelik talebini subjektif kamusal hakkın ortaya çıkması olarak nitelendirirken, buna karşılık alacaklının icra yetkisini maddî hukuk karakterli ve taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisinin icra hukukunda devam etmesi olarak görmektedir³⁹⁶.

Roquette, icra sözleşmelerinin konusunun, alacaklının ilamdan kaynaklanan, borçlunun malvarlığına müdahale hakkına ilişkin olabileceğini belirtmiş ve bunu usulî etki olarak adlandırmıştır. Bu şekilde sadece usulî etkinin görüldüğü (yani sadece

³⁹⁰ BGH, NJW 1968/15, s.700.

³⁹¹ Rinck, s.19.

³⁹² Scherf, s.32.

³⁹³ Scherf, s.59.

³⁹⁴ Scherf, s.14 vd.

³⁹⁵ Scherf, s.19 vd.

³⁹⁶ Scherf, s.19, 22, 25.

alacaklının icra hakkını ilgilendiren) sözleşmeleri, saf icra sözleşmeleri olarak nitelendirmiştir³⁹⁷. Burada icra sözleşmelerinin konusu maddî hukuktan kaynaklanan haktan soyutlanmıştır. Dolayısıyla böyle bir değerlendirmeden bu sözleşmelerin icra hukukuna özgü sözleşme oldukları sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşılık başka bir yerde, bu sözleşmelerin borçlar hukukuna ilişkin etkilerinden söz edilmektedir. Buna göre, icra sözleşmeleri borçlar hukuku alanında etkilerini gösteren özel hukuk sözleşmeleridir³⁹⁸. Ancak Roquette'nin yapmış olduğu bu tanımlamada icra sözleşmelerinin borçlar hukuku alanında nasıl bir etki meydana getirdiği açıklanmamıştır³⁹⁹. Sonuç olarak, Roquette'nin icra sözleşmelerine ilişkin maddî hukuk niteliği ile icra hukuku niteliği arasında kesin bir kanaat oluşturamadığı görülmektedir. Esasen, az önce belirttiğimiz açıklamalardan anlaşılacağı üzere, Roquette'nin incelemesinde çelişkiler de vardır. Zira incelemenin bazı yerlerinde bu sözleşmelerin maddî hukuk sözleşmesi olarak nitelendirildiği sonucuna ulaşılrken, buna karşılık yazarın bazı ifadelerinden ise, bu sözleşmelerin icra hukukuna özgü sözleşmeler olarak değerlendirildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Alacaklının devlete karşı yöneltebileceği bir icra talebinin olmadığından hareket eden görüşe⁴⁰⁰ göre, alacaklı ve borçlunun kanunda açıkça izin verilmeyen hallerde sözleşme yapmaları mümkün değildir. Kanunda izin verilen hallerde yapılan sözleşmeler de, borçlar hukuku karakterli sözleşmelerdir. Zira icra hukukunda, icra takibinin şartları ve yürütülmesine ilişkin kurallar emredici niteliktedir, bu nedenle tarafların doğrudan doğruya icra sürecini etkileyen sözleşme yapmaları mümkün değildir⁴⁰¹. Dolayısıyla tarafların yaptığı icra sözleşmeleri sadece borçlar hukuku sözleşmeleri olarak değerlendirilebilir⁴⁰². Bu sözleşmeler sadece borçlar hukuku anlamında tarafların karşılıklı olarak yükümlülük altına girmesi anlamına gelir, ancak icra sürecini doğrudan doğruya etkilemesi söz konusu değildir⁴⁰³.

³⁹⁷ Roquette, s.163.

³⁹⁸ Roquette, s.166, 167.

³⁹⁹ Schug, s.111.

⁴⁰⁰ Bkz. aşa. § 2-G-I-2.

⁴⁰¹ Raatz, s.27.

⁴⁰² Raatz, s.29; Hochgraefe, s.29.

⁴⁰³ Hochgraefe, s.31; Raatz, s.28.

Türk Hukuku'nda, alacaklı ve borçlunun icra sürecinde bazı sözleşmeleri yapabileceğini kabul eden Postacıoğlu, bu konuda herhangi bir gerekçe belirtmeksizin, bu sözleşmelerin maddî hukuk sözleşmesi olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰⁴.

II. Eleştirisi

Bu görüşün temeldeki tutarsızlığı, alacaklı ve borçlu arasında yapılan ve icra sürecinin işleyişini etkileyen sözleşmelerin bu boyutunun görmezden gelinmesidir⁴⁰⁵. Zira yapılan bu sözleşmeler maddî hakkı ilgilendirmemekte, bilakis bu sözleşmeler icra sürecinde etkilerini göstermektedir⁴⁰⁶.

İcra sözleşmelerinin maddî hukuk karakterli olarak ele alınması durumunda, bu sözleşmelerin kuruluşuna, şekline, sınırlandırılmasına, etkilerine, sözleşmenin ihlali halinde başvurulacak hukukî çarelere de maddî hukuk kurallarının uygulanması gerekir⁴⁰⁷. Bu noktada, icra sözleşmelerini maddî hukuk sözleşmesi olarak gören Scherf'in çelişkiye düştüğü görülmektedir. Bir taraftan icra sözleşmelerini maddî hukuk sözleşmesi olarak kabul etmekte, ancak diğer taraftan bu sözleşmelerin geçerliliğinin belirlenmesinde icra hukuku kurallarının göz önünde tutulabileceğini belirtmektedir. Böyle bir değerlendirme kendi içinde çelişki oluşturmaktadır. Zira bir sözleşme maddî hukuk sözleşmesi ise, ona maddî hukuk kurallarının uygulanması; eğer sözleşme icra hukukuna özgü sözleşme ise, icra hukuku kurallarının uygulanması gerekir⁴⁰⁸.

İcra hukukunda ortaya çıkan ilişkiyi, taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisinin icra hukukunda devam etmesi olarak görmek mümkün değildir. Zira artık bu gün genel olarak kabul edilen görüşe göre, icra takibinin başlamasıyla alacaklı-devlet, borçlu-devlet, alacaklı-borçlu arasında maddî haktan kaynaklanan ilişkiden farklı bir ilişki ortaya çıkmaktadır⁴⁰⁹.

Bunun yanı sıra tarafların icra ilişkisini, maddî hukuk ilişkisinin devamı niteliğinde görmek, icra hukukunu da maddî hukukun bir parçası olarak görmek

⁴⁰⁴ Postacıoğlu, s.60.

⁴⁰⁵ Egbert Peters, *Besprechung der von Scherf, Vollstreckungsvertraege*, Köln 1971, AcP 1972/172, s.561.

⁴⁰⁶ Schug, s.117; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.382.

⁴⁰⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.382; Schug, s.85.

⁴⁰⁸ Schiedermaier, s.22, 35; Gaul, *Zulaessigkeit*, s.347; Rinck, s.26; Schug, 85; Bohn, *Diss.*, s.8.

⁴⁰⁹ Bkz. yuk. § 2-D.

anlamına gelebilir. Oysa icra hukuku kendine has özellikleri, ilkeleri olan ve yasal kuralları farklı olan bağımsız bir alandır⁴¹⁰.

C. SÖZLEŞMELERİN ETKİLERİNİ DOĞURDUĞU ALANI ÖLÇÜ ALAN GÖRÜŞ

Günümüzde hakim olan anlayışa göre, bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde, sözleşmelerin doğrudan doğruya aslî etkilerini meydana getirdiği alan esas alınmalıdır⁴¹¹. Sözleşmelerin etkilerini meydana getirdiği alana bakmaksızın, sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi yanıltıcı olacaktır⁴¹². Zira ancak sözleşmeyle ortaya çıkması hedeflenen etkiler sözleşmenin hukukî niteliği hakkında belirleyici olabilir⁴¹³. Bunun dışında hukukî niteliği belirleme bakımından önerilen sözleşmenin unsurları, sözleşmede yer alan tarafların özel hukuk kişisi veya kamu hukuku kişisi olması, sözleşmenin yapıldığı zaman (özellikle sözleşmenin icra süreci başlamasından önce veya başlamasından sonra yapılması bakımından) gibi ölçütler yanlış sonuçlara götürebileceğinden reddedilmiştir. Çünkü bunlar sözleşmelerin karakteristik özelliğini oluşturmamaktadır⁴¹⁴. Sözleşme yapan tarafların, sözleşmeyi yaparken elde etmeyi hedefledikleri etkiler hangi alanda meydana geliyorsa, sözleşmenin hukukî niteliği de o alana göre belirlenmelidir. Sözleşmenin etkileri, icra hukuku alanında meydana geliyorsa icra sözleşmesinin; sözleşme maddî hukuk etkileri ortaya çıkması sonucunu doğuruyorsa, maddî hukuk sözleşmesinin varlığından söz edilecektir⁴¹⁵.

Sözleşmelerin etkilerini doğurduğu alanın, sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemede ölçüt alınması, Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun⁴¹⁶ 54.paragrafında yasal bir tanımlama olarak yer almaktadır. Buna göre, bir sözleşme vasıtasıyla kamu hukuku alanında bir ilişkinin kurulması, değiştirilmesi veya ortadan

⁴¹⁰ Hellwig, s.44.

⁴¹¹ Schiedermaier, s.33; Hellwig, s.40. Rinck, s.43; Bohn, Diss., s.42; Schug, s.25; Bohn, s.21; Taşpınar, s.73; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.419; Brox/Walker, s.126; Eberhard Schilken, Anmerkung zu BGH JR 1992/7, s.283; Musielak, s.360; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.381.

⁴¹² Schiedermaier, s.33; Bohn, s.21; Rinck, s.43.

⁴¹³ Hellwig, s.40.

⁴¹⁴ Rinck, s.43.

⁴¹⁵ Schiedermaier, s.39.

⁴¹⁶ Verwaltungsverfahrensgesetz.

kaldırılması söz konusu ise, ancak o zaman bir idare hukuku sözleşmesinin varlığından söz edilebilir⁴¹⁷.

İcra sözleşmelerinin kuruluşuna baktığımızda, alacaklı ve borçlunun karşılıklı irade beyanlarının, icra takip sürecine etki etmek bakımından, bir hukukî sonuç elde etmeye yönelik olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu irade beyanlarıyla taraflar, elde etmek istedikleri hukukî sonuçları ortaya koymuş olacaktırlar. Dolayısıyla sözleşmelerin etkilerini doğurduğu alan, tarafların sözleşme yaparken açıkladıkları irade beyanına göre tespit edilecektir⁴¹⁸. Alacaklı ve borçlunun irade beyanlarının (icap-kabul) birbiriyle uyuşması durumunda, sözleşmenin kurulması ve sonuçlarını doğurması söz konusudur. İrade beyanı olmaksızın ve bu beyanlar arasında uygunluk olmaksızın sözleşmeden söz etmek mümkün değildir⁴¹⁹. Ancak hukukî niteliğin tespitinde istenilen etkilerin ortaya çıkmış veya çıkacak olması şart değildir; hukukî niteliğin belirlenmesinde önemli olan bu etkilerin istenilmiş olmasıdır⁴²⁰.

Hukukî niteliğin belirlenmesinde temel alınacak ölçüt, sözleşmelerin asıl etkilerinin hangi alanda meydana geldiği olacaktır. Çünkü öyle sözleşmeler olur ki, hem maddî hukuk alanında hem de icra hukuku alanında etkilerini gösterir. Bu durumda sözleşmenin asıl etkilerini doğrudan doğruya hangi alanda meydana getirdiği önemli olacaktır. Yoksa sözleşmenin asıl etkileri dışında ortaya çıkan yan etkiler hukukî niteliğin belirlenmesinde ölçüt olamayacaktır⁴²¹. Örneğin taraflar arasında yapılan sözleşmede ifa yerinin belirtilmesi, icra hukuku bakımından da yan sonuçlar (örneğin icra takibinde takibin yapılacağı yetkili icra dairesinin belirlenmesi) doğurabilecektir. Ancak icra hukuku alanında meydana gelen yan sonuçlar sözleşmenin maddî hukuk sözleşmesi olması sonucunu değiştirmeyecektir⁴²².

Hukukî niteliğin belirlenmesinde sözleşmenin asıl etkilerini doğurduğu alanın ölçüt olarak alınması, icra sözleşmesinin cebri icra süreci içinde yapılıp yapılmaması bakımından da önemi olmaması sonucunu doğuracaktır. Örneğin yetki sözleşmesi icra

⁴¹⁷ Rinck, s.44.

⁴¹⁸ Hellwig, s.40; Schiedermair, s.34; Rinck, s.44; Bohn, Diss., s.15.

⁴¹⁹ Schiedermair, s.25; Hellwig, s.40.

⁴²⁰ Schiedermair, s.34, 35.

⁴²¹ Hellwig, s.41; Schiedermair, s.37; Bohn, Diss., s.15.

⁴²² Schiedermair, s.36, 37.

takibi başlamadan önce yapılabilir ve bu yine maddî hukuk sözleşmesi olmayacak, icra hukukuna özgü bir sözleşme olacaktır⁴²³.

D. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce de bir sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde en uygun ölçüt sözleşmelerin aslî etkilerini meydana getirdiği alan ölçütüdür. Hukukî niteliği belirleme bakımından en karakteristik özellik sözleşmenin aslî etkilerini doğurduğu alan olacaktır.

Yukarıda⁴²⁴ icra sözleşmelerinin tanımında da işaret ettiğimiz üzere, icra sözleşmeleri, alacaklı ve borçlunun karşılıklı birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen ve icra sürecini etkilemeyi amaçlayan sözleşmelerdir. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere icra sözleşmeleri asıl etkilerini doğrudan doğruya icra sürecinde meydana getirmeyi amaçlamaktadır. Bu sözleşmelerin icra süreci üzerindeki etkisi, alacaklının icra takip yetkisinin engellenmesi veya alacaklının icra takibindeki hak ve yetkilerinin daraltılması ya da alacaklının icra hak ve yetkilerinin genişletilmesi olarak görülebilecektir. Örneğin; taraflar, belirli bir süre icra takibi yapılmaması (icra takibinin engellenmesi) veya borçlunun bazı mallarının haczin kapsamı dışında bırakılması (icra imkanlarının daraltılması) ya da icra takibinin yapılmasında yetkisiz bir icra dairesinin yetkili kılınması (icra imkanlarının genişletilmesi) gibi etkileri meydana getirmek isteyeceklerdir. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, yapılan bu sözleşmelerin etkileri doğrudan doğruya icra hukuku alanında ortaya çıkmakta, maddî hukuka ilişkin doğrudan bir etki meydana getirmemektedir. Zira icra sözleşmeleri taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkisine yönelmemekte, aksine icra sözleşmesi taraflar arasındaki icra ilişkisini ilgilendirmektedir⁴²⁵. Taraflar yaptıkları sözleşmeyle, icra sürecinin işleyişini etkilemek istemektedirler.

Sonuç olarak alacaklı ve borçlunun yapmış olduğu bu sözleşmeler etkilerini doğrudan doğruya icra süreci üzerinde meydana getirmektedir; bu nedenle, icra sözleşmelerinin icra hukukuna özgü sözleşmeler oluşunu kabul ediyoruz. Dolayısıyla tarafların yapmış olduğu sözleşmelerin kuruluşu, geçerli olup olmadığı, şartları,

⁴²³ Schiedermair, s.37.

⁴²⁴ Bkz. yuk. § 1-B.

⁴²⁵ Wagner, s.743.

sözleşmenin şekle tabi olup olmadığı, sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda başvurulabilecek hukukî çareler gibi sorunların kural olarak icra hukuku normlarına göre çözümlenmesi gerekecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

İCRA SÖZLEŞMELERİNİN TÜRLERİ

Bu bölüme ilişkin incelememize geçmeden önce İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan sözleşme ve buna benzer kavramları göstereceğiz. Aynı zamanda kanunda sözleşme olarak ifadesini bulan 111.maddeki düzenlemenin gerçek anlamda bir sözleşme olup olmadığı üzerinde duracağız. Bunu yaptıktan sonra icra sözleşmelerinin türleri üzerinde duracağız.

İcra sözleşmelerinin türlerini incelerken üçlü bir ayırım yapacağız. Bu başlıklar altında genel olarak bu sözleşme türlerinin çerçevesini çizmeye ve bunlara hangi sözleşmelerin dahil olabileceğine değineceğiz. Ancak bu çalışma içinde her bir sözleşme türünü ayrıntılı incelememiz, bu çalışmanın sınırlarını aşacağından, sözleşme tiplerini genel hatlarıyla inceleyeceğiz.

Ş 4. İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA YER ALAN SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN HÜKÜMLER VE BUNLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

İcra ve İflâs Kanunu'muzda yer yer sözleşme kavramının kullanıldığını görmekteyiz. Sözleşme⁴²⁶ kavramının yanı sıra kanunda, mukavele⁴²⁷ ve anlaşma⁴²⁸ kavramlarını da kullanılmıştır. Bu kavramların kullanılmasında bir farklılık meydana getirme amacının olmadığını ve bu kavramların birbirinin yerine kullanılabildiğini yukarıda belirtmiştik⁴²⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'nda bir çok maddede, sözleşme veya benzer kavramlara yer verilmiştir. Bunlardan bazıları, hiçbir şekilde icra takip sürecine etkisi olmayan ve sadece başka sözleşmelere atıf yapan hükümlerdir⁴³⁰. Söz konusu sözleşme veya benzer kavramların konumuzla ilgisi olmaması nedeniyle bunlar üzerinde durmayacağız.

⁴²⁶ m.111, III; m.78, II.

⁴²⁷ m.20.

⁴²⁸ m.83/a.

⁴²⁹ Bkz. yuk. dn.16.

⁴³⁰ Kanunda yer alan bu hükümler şunlardır: m.11; m.27, I, II; m.47; m.50, I; m.135, II; m.138, III; m.150/ı; m.269, IV; m.269/b, I, III, V; m.269/c, I; m.272, I, IV; m.275, II; m.276, II; m.278, III/2, 3; m.309/g; m.309/n, I/2; m.309/r, III; m.309/ş.

Bunun yanı sıra İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen konkordato, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasının icra sözleşmesi olup olmadığı üzerinde durmak gerekir. Konkordato, iyi niyetli borçluları korumak amacıyla öngörölmüş bir kurumdur⁴³¹. Borçlu iyi niyetli olmasına rağmen, ekonomik belirsizlikler veya işlerinin iyi gitmemesi nedeniyle borcunu ödeyemeyecek duruma gelmiş olabilir. İşte kanun koyucu bu durumdaki borçluyu korumak için borçlunun konkordato teklif edebilmesi imkanını getirmiştir. Borçlunun konkordato teklifinin işlerlik kazanabilmesi için bunun alacaklılar tarafından kabul edilmesi ve daha sonra mahkemece incelenerek onaylanması gerekir. Konkordatonun kabulü için iki farklı çoğunluk aranır. Kişi çoğunluğu ve alacak çoğunluğu. Kişi çoğunluğu için, bildirilmiş olan alacaklıların sayı itibariyle yarısını aşan bir çoğunluk tarafından kabul edilmesi gerekir. Meblağ çoğunluğu için ise, konkordatoyu kabul eden alacaklıların bildirilmiş olan alacaklarının en az üçte ikisini aşan alacağa sahip olmaları gerekir (m.297, I). Konkordatonun alacaklılar tarafından bu çoğunluklarla kabul edilmesinden sonra konkordatonun, ticaret mahkemesi tarafından da tasdik edilmesi gerekir (m.298). Kural olarak tasdik edilen konkordato bütün alacaklılar için, oylamada red oyu kullanmış alacaklılar da dahil olmak üzere, mecburidir (m.303). Yapmış olduğumuz genel açıklamalar çerçevesinde konkordatonun bir icra sözleşmesi olup olmadığını inceleyebiliriz. Öncelikle konkordatonun kabul edilmesi için bütün alacaklıların konkordato teklifine olumlu oy kullanması gerekmekte, sadece alacaklıların yarısının konkordatoyu kabul etmesi yeterli olmaktadır. Bu yönüyle sözleşmenin bir unsuru olan irade beyanlarının birbirine uygun olması şartı burada eksiktir. Bunun dışında borçlunun konkordato teklifi alacaklılar tarafından yeterli çoğunlukla kabul edildikten sonra, ayrıca bunun ticaret mahkemesi tarafından tasdik edilmesi gerekmektedir. Bu da yine sözleşme kurumunun bünyesine yabancıdır. Saymış olduğumuz bu gerekçelerle konkordatonun tipik bir sözleşme olmadığı kanaatindeyiz. Sözleşme olmaması sebebiyle de bizim inceleme konumuzun dışında kalmaktadır.

Benzer gerekçeler sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yendiden yapılandırılması kurumu için de söylenebilir. Bu kurum da sermaye şirketleri ve kooperatiflerin borçlarının yeniden yapılandırılması amacıyla getirilmiştir. Burada da konkordatoda olduğu gibi, projeden etkilenen alacaklıların sayı itibariyle yarısından

⁴³¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.696; Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Ankara 1993, s.3 vd.

fazlası, meblağ itibariyle de projeyi kabul eden alacaklıların alacağına toplam alacağa oranının üçte iki olması yeterli olacaktır (m.309/m, II). Yine aynı şekilde alacaklılar yeterli çoğunlukla projeyi kabul ederlerse, projenin asliye ticaret mahkemesi tarafından tasdik edilmesi gerekir (m.309/p). Az önce konkordato için belirttiğimiz gerekçelerle, yine burada tipik bir sözleşme olmadığı kanaatindeyiz ve bu nedenle bu kurum inceleme alanımızın dışında kalmaktadır.

Alacaklı ve borçlu icra harç ve giderlerinden kimin sorumlu olacağına ilişkin sözleşme yapmış olabilirler. Acaba bu sözleşme icra sürecini etkileyen bir sözleşme midir, yani bu sözleşme icra sözleşmesi midir? Yukarıda⁴³² tespit ettiğimiz üzere, bir sözleşmenin icra sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için, o sözleşmenin aslî ve doğrudan etkilerinin icra hukuku alanında meydana gelmesi gerekir. Oysa icra harç ve giderlerinden kimin sorumlu olacağına ilişkin sözleşme aslî ve doğrudan etkilerini icra hukuku alanında meydana getirmemekte, sadece icra harç ve giderlerinden kimin sorumlu olacağını düzenlemektedir. Bu nedenle söz konusu sözleşmenin icra sözleşmesi olmadığı kanaatindeyiz.

İİK m.20'de, kanunun belirlediği süreleri değiştirmeye yönelik sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Kanunun 71.maddesinde, takip konusu borcun ödenmesi için bir mühlet verilmesi durumunda, icra takibinin ertelenmesinin istenebileceği düzenlenmiştir. Buradan da tarafların mehil sözleşmesi yapabilecekleri anlaşılmaktadır (m.71, I). Benzer şekilde kanunumuzun 78.maddesinin ikinci fıkrasından alacaklı ve borçlunun hacizden önce taksitle ödeme sözleşmesi yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra m. 83/a'da, 82.⁴³³ ve 83. maddelerde⁴³⁴ yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmaların muteber olmayacağına ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Ayrıca m.111, III'te borçlu ve alacaklının hacizden sonra borcun taksitlendirilmesi için icra dairesinde yapabilecekleri sözleşme düzenlenmiştir. Burada İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan sözleşme ve benzeri kavramları bir arada belirtmek bakımından böyle bir tasnif yaptıktan sonra, az önce

⁴³² Bkz. yuk.ş 3-D.

⁴³³ Haczi caiz olmayan mallar ve haklar.

⁴³⁴ Kısmen haczi caiz olan şeyler.

belirttiğimiz sözleşmeler üzerinde ayrıca durmayacağız, bu incelemeyi ilgili yerde yapacağız⁴³⁵.

Bu tespitten sonra İİK m.111’de geçen ve kanunun ifadesiyle “borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme”yi inceleyeceğiz. Zira bu düzenleme özellik arz etmektedir. Kanunda adı geçen “sözleşme”nin gerçekten sözleşme olup olmadığının tespiti gerekmektedir. İcra ve İflâs Kanunu m.111’de düzenlenen, kanunun ifadesiyle “borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme”⁴³⁶ borçlunun borcuna yetecek miktarda malı haczedildikten sonra söz konusu olabilmektedir. Bunun yanı sıra 4949 sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nun 111. maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılarak, alacaklı ile borçlunun taksitle ödemeye ilişkin, şartlarını kendilerinin belirleyebilecekleri sözleşme veya sözleşmeleri yapabilecekleri kabul edilmiştir. Bunun dışında m.78, II’de yer alan taksit sözleşmesi ise henüz haciz işlemi gerçekleştirilmeden önceki bir dönemde icra dairesi önünde alacaklı ve borçlunun uzlaşmasıyla yapılmaktadır. Ancak Kanunda bu sözleşmeden bahsedilirken, sadece, böyle bir sözleşmenin yapılması halinde, bu sözleşmenin ihlaline kadar geçen zamanın haciz isteme için gerekli sürenin hesaplanmasında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Kanunda yer alan hükümlerden üç farklı taksitle ödemenin düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, öncelikle taksitle ödemeyi, hacizden önce taksitle ödeme ve hacizden sonra taksitle ödeme olarak ikiye ayırabiliriz. Kanunumuzda hacizden sonraki taksitle ödeme açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, hacizden önceki taksitle ödeme açıkça düzenlenmemiştir. Hacizden önce taksitle ödeme sözleşmesinin yapılabileceği m.78, II’den ve m.340’tan anlaşılmaktadır⁴³⁷. İİK m.78, II’ye göre, alacaklının haciz isteme süresinin hesabında alacaklı ve borçlunun icra dairesinde taksit sözleşmeleri yapmaları halinde, taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman hesaba katılmaz. Bu maddenin içeriğinden alacaklı ve borçlunun hacizden önce de taksitle ödeme sözleşmesi yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Ancak böyle bir hüküm kanunda yer almamış olsaydı dahi yine alacaklı ve borçlunun hacizden önce borcun taksitle ödenmesine dair sözleşme yapmaları mümkün olurdu. Zira yapılan bu sözleşme, icra hukukunun temel ilkelerine,

⁴³⁵ Bu sözleşmeler için bkz.: m.20 aşa. § 7-C-III; m.71 aşa. § 6-C-III; m.78, II aşa. § 6-C-I; m.83/a aşa. § 7-C-II; m.111, III aşa. § 6-C-II.

⁴³⁶ İİK m.111’de yer alan bu ifade 4949 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce “borcun taksitlendirilmesine ilişkin sözleşme” şeklindeydi.

⁴³⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.338; Kuru, El Kitabı, s.522; Kuru, İcra C:II, s.1185.

amacına ve emredici hükümlere aykırı olmayacaktır. Yukarıda belirttiğimiz ve kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde, kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa bile icra hukukunda da belli sınırlamalar dahilinde sözleşme yapılabileceğini, yani icra sürecini etkileyen sözleşme yapılabilmesi için mutlaka bunun kanunda açıkça belirtilmesinin gerekmediğini kabul ettiğimiz için, açık düzenleme olmasaydı dahi bu sözleşmenin yapılabileceğinin kabul edilmesi gerekirdi.

Hacizden sonra yapılan taksitle ödemeyi de ikiye ayırmak mümkündür. Hacizden sonra yapılan, m.111'in şartlarını oluşturmayan, ancak alacaklı ve borçlunun karşılıklı irade uyuşmalarına dayanarak yapılan taksitle ödeme sözleşmesi ve hacizden sonra borçlunun teklif ettiği, m.111'de aranan şartları taşıyan taksitle ödeme taahhüdüdür.

Bu genel açıklamadan sonra, burada sadece m.111'de düzenlenen, kanunun ifadesiyle, "borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme" üzerinde duracağız. Bunun dışındaki m.78, II ve m.111, III'te düzenlenen taksitle ödeme sözleşmelerini aşağıda⁴³⁸ inceleyeceğiz. İcra ve İflâs Kanunu m.111'de yer alan kanunun ifadesiyle, "borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme"yi incelemeye geçerse, bu maddeye göre, borcun taksitle ödenmesi şartları şunlardır:

a) Borçlunun borcuna yetecek miktardaki malı haczedilmiş olmalıdır,

b) Borçlunun haczedilen mallarının satışının henüz istenmemiş olması gerekir. Yani satış talebinden önce borçlu, taksitle ödeme teklifini yapmalıdır. Satış talebinden sonra yapılan teklifler alacaklı için bağlayıcı değildir.

c) Borçlunun teklif ettiği taksitle ödemede, her taksitin borcun dörtte birinden az olmaması ve ilk taksitin derhal ödenmiş olması, kalan taksitlerin de en geç aydan aya verilmesi suretiyle, toplam ödeme süresinin üç ayı geçmemesi gerekir.

Yukarıda saymış olduğumuz şartların varlığı halinde, yani borçlunun yapmış olduğu taksitle ödeme teklifi m.111'de aranan şartlara uygun olursa, alacaklının bunu kabul etmesine gerek olmaksızın icra takibi kendiliğinden duracaktır (m.111, I). Dolayısıyla burada alacaklının hacizli malların satışını istemesi mümkün olmayacaktır⁴³⁹. Borçlunun m.111'deki şartlara uygun olarak yapmış olduğu taksitle

⁴³⁸ Bkz. aşa. § 6-C-I ve II.

⁴³⁹ Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.187; Kuru, İcra C:II, s.1193; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.342; Üstündağ, s.292; Kuru, El Kitabı, s.525; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.77; Gürdoğan, s.100.

ödeme teklifini alacaklının kabulüne sunması gerekmez. Böyle bir teklif karşısında alacaklının iradesinin herhangi bir önemi yoktur.

Hacizden sonra yapılan taksitle ödeme taahhüdü, borçlu tarafından yazılı veya sözlü olarak icra dairesine bildirilir⁴⁴⁰. Kanunumuzun 111.maddesinden bu taahhüdün, takibin yapıldığı icra dairesine yapılması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm olmamakla birlikte, kanunun belirlediği şartların varlığı halinde alacaklının bunu kabul etmesine gerek olmadığı için, bu taahhüdün takibin yapıldığı icra dairesine yapılması daha makul ve pratik açıdan da takip ekonomisine daha uygun olacaktır. Bunun yanı sıra m.340 hükmünden anlaşılacağı üzere taksitle ödeme taahhüdünün sonuçlarının doğabilmesi ve bu taahhüdün ihlali durumunda borçluya ceza verilebilmesi için, borçlunun yaptığı taksitle ödeme taahhüdünün icra dairesinde yapılmış olması ve icra tutanaklarına geçirilmiş olması gerekir. Taksitle ödeme taahhüdünün icra dairesinde yapılmaması durumunda icra takibi durmayacak ve bu taahhüdün ihlali karşısında borçluya ceza verilemeyecektir⁴⁴¹. Aynı zamanda m.111, III'ün de uygulanması mümkün olmayacaktır.

İİK m.111'in şartlarını tespit ettikten sonra, değerlendirme yapabilmek açısından, bir sözleşmenin varlığı için gerekli olan kurucu unsurları belirlememiz gereklidir. BK m.1'e göre, "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur". Buna göre sözleşme, iki tarafın hukukî bir sonuca yönelmiş olan karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlemdir⁴⁴².

BK m.1 ve sözleşmenin tanımından hareketle, sözleşmenin unsurlarını şöyle sıralayabiliriz:

a) Sözleşme bir hukuksal işlemdir. Sözleşmenin hukuksal işlem olmasının sonuçları ise şunlardır:

aa) Hukuksal işlem bir iradenin varlığını gerektirir. İrade insanlara özgü zihinsel bir faaliyettir. Sözleşmenin bir hukuksal işlem olması nedeniyle, sözleşmenin kurulabilmesi için bir iradenin varlığı gereklidir,

⁴⁴⁰ Arar, s.248.

⁴⁴¹ Kuru, İcra C:II, s.1185, dn.2; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.338, dn.1.

⁴⁴² Kılıçoğlu, s.35; Eren, s.203.

bb) Hukuksal işlemde doğan bir borçtan söz edilebilmesi için iradenin açıklanmış olması gerekir. Açıklanmayan iradede herhangi bir hukuksal sonucun doğması mümkün değildir. Yine aynı şekilde sözleşmenin kurulabilmesi için iradenin açıklanmış olması gerekecektir,

cc) Hukuksal işlemde söz edebilmek için, iradenin bir hukuksal sonuca yönelik olması gerekir,

b) Sözleşme en az iki tarafın varlığını gerekli kılar,

c) Sözleşme karşılıklı irade açıklamasını gerektirir. Tarafların irade beyanlarının karşılıklı olması, sözleşmenin taraflarından birinin yapmış olduğu beyanın, sözleşmenin diğer tarafına karşı yapılmış olmasını ifade eder,

d) Sözleşme birbirine uygun irade açıklamasını gerektirir. Sözleşmenin kurulabilmesi için, iki tarafın iradelerinin uyum içinde olması gerekir⁴⁴³.

Bütün bu açıklamalardan sonra m.111’de yer alan, kanunun ifadesiyle “borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme”nin gerçek anlamda bir sözleşme olup olmadığını değerlendirebiliriz.

Sözleşmenin unsurlarından birisi, bir irade beyanının var olmasıdır. İrade beyanının olduğu yerde ise, bir serbesti, iradenin özgürce açıklanması söz konusudur. Oysa m.111’deki durumda, alacaklı bakımından böyle bir serbesti yoktur. Kanunda sayılan şartlar oluşmuşsa, alacaklı, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünü kabul etmek zorundadır. Zorunluluğun olduğu noktada ise sözleşmeden söz etmek mümkün olmayacaktır.

Sözleşmeden söz edebilmek için diğer bir unsur, sözleşmede karşılıklı irade açıklamasının olması gereğidir. Oysa m.111’de düzenlenen borcun taksitle ödenmesi taahhüdünde iradelerin karşılıklı olması söz konusu değildir. Kanunda sayılan şartların oluşması durumunda, sadece borçlunun borcunu taksitle ödemeyi taahhüt etmesi ve bunu, takibin yapıldığı icra dairesine bildirmesi yeterlidir. Ancak sözünü ettiğimiz durumda, alacaklının kabulüne gerek olmadığı gibi, bu konuda, alacaklının herhangi bir irade açıklamasına da gerek yoktur.

Sözleşme, birbirine uygun ve karşılıklı irade açıklamasını da gerekli kılmaktadır. Ancak yine burada, karşılıklı irade açıklamasından söz edilemez. Borçlunun irade açıklaması alacaklıya yöneltilmesi gereken bir irade açıklaması

⁴⁴³ Bu konularda geniş bilgi için bkz: Kılıçoğlu, 27-37; von Tuhr, s.133-149; Eren, s.203 vd.

değildir. Borçlunun, taksitle ödeme taahhüdünü icra dairesine bildirmesi yeterlidir. Alacaklının herhangi bir irade açıklamasına gerek yoktur, olsa dahi borçlunun irade açıklamasıyla karşılıklı olması, ona uygun olması gerekmez.

Ayrıca burada kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğundan da söz edilemez. Sözleşme yapma zorunluluğu istisnâ bazı durumlarda kanundan veya tarafların daha önceki taahhüdünden kaynaklanmaktadır⁴⁴⁴. Buna göre, incelediğimiz konu bakımından kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu⁴⁴⁵ veya tarafların daha önceki taahhüdünden doğan bir sözleşme yapma zorunluluğu⁴⁴⁶ söz konusu değildir.

Saymış olduğumuz bu gerekçeler nedeniyle m.111’de bahsi geçen “borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme”nin, teknik anlamda bir sözleşme olmadığı⁴⁴⁷, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün, kanunda sehven ve alacaklı ile borçlunun karşılıklı anlaşmasına dayanan ve m.111’in şartlarını taşımaması nedeniyle alacaklıyı bağlamayan, ancak alacaklı tarafından kabul edilen taksitle ödeme sözleşmesiyle karıştırılarak, sözleşme olarak nitelendirildiği kanaatindeyiz⁴⁴⁸. Kanun koyucu bu maddede iki durumu birbiriyle karıştırmıştır⁴⁴⁹. Nitekim maddenin birinci fıkrasında, doğru bir şekilde borçlunun borcunu düzenli taksitlerle ödemeyi taahhüt etmesinden söz edilmektedir. Ancak maddenin üçüncü fıkrasında, kanımızca alacaklı ve borçlunun kanunda sayılan şartların oluşmamasına rağmen yapabilecekleri sözleşmeler de

⁴⁴⁴ Oğuzman/Öz, s.132.

⁴⁴⁵ Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu şu hallerde söz konusu olabilmektedir: a) Kamu hukuku kuralları uyarınca kamu hizmeti görmekte olan kamu idareleri veya müesseseleri veya bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyaz yolu ile bu hizmetleri yürüten işletmeler şartlarına uygun şekilde müracaat eden her şahısla sözleşme yapmakla yükümlüdür. b) Özel hukuk bakımından kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu ise MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralına dayanır. Dürüstlük kuralının bir sözleşme yapılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak dürüstlük kuralına aykırı düşer. c) Ekonomik veya siyasi buhran, savaş gibi olağanüstü durumlarda, kanun koyucu veya kanunların verdiği yetkiye dayanarak idare, sözleşme yapma zorunluluğu getiren kurallar koyabilir (Oğuzman/Öz, s.133-135; Kılıçoğlu, s.150).

⁴⁴⁶ Bir kişi bir başkasıyla yaptığı bir sözleşmede, ileride o kişiyle veya bir üçüncü kişi ile belirlenen bir sözleşmeyi yapmayı taahhüt ederse bu taahhüdün yer aldığı sözleşmeye, önakit veya sözleşme yapma vaadi denilir. Böyle bir taahhütte bulunan kimse taahhüdü gereğince asıl sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür. İşte bu yükümlülük, taahhülden doğan bir sözleşme yapma zorunluluğu anlamına gelir (Oğuzman/Öz, s.135; Kılıçoğlu, s.151).

⁴⁴⁷ Ejder Yılmaz, İcra ve İflâs Kanunumuz Yine Değişti (Değişikliklere İlişkin Bazı Düşünceler), ABD 1989/1, s.116.

⁴⁴⁸ Nitekim borcun taksitle ödenmesi olanağını düzenleyen 111.madde içinde, tarafların borcun taksitlendirilmesi için sözleşme yapmaları halinde sürelerin işlemeyeceğine ilişkin hüküm konulması isabetli bulunmamıştır. (Arslan, Değişiklikler, s.145).

kastedilmek istenildiğinden ve bu ikisi birlikte değerlendirildiğinden, borçlu ve alacaklının yapacağı sözleşmelerden söz edilmektedir.

Nitekim hacizden sonra borçlunun kanunda aranan şartları içeren taksitle ödeme teklifi doktrin tarafından da sözleşme olarak nitelendirilmemiş, bazı yazarlar tarafından taksitle ödeme taahhüdü⁴⁵⁰, bazı yazarlar tarafından taksitlendirme teklifi⁴⁵¹, bazı yazarlar tarafından ise, taksitlendirme taahhüdü⁴⁵², bazıları tarafından ise, taksitle ödeme teklifi⁴⁵³ olarak nitelendirilmektedir. Uygulamada ise “yasal taksit hakkı” olarak da adlandırılmaktadır⁴⁵⁴. Buna karşılık m.111, I’de yer alan borçlunun teklifini sözleşme olarak nitelendiren yoktur⁴⁵⁵. Aynı şekilde yakın tarihli bir Yargıtay CGK kararında da, bunun sözleşme olmadığı açıkça ifade edilmiştir⁴⁵⁶.

⁴⁴⁹ Yılmaz, Değişiklikler, s.117.

⁴⁵⁰ Kuru, İcra C:II, s.1193; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.341; Berkin, s.308; Arar, s.248; Kuru, El Kitabı, s.524.

⁴⁵¹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.77; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.187.

⁴⁵² Muşul, s.880.

⁴⁵³ Gürdoğan, s.100.

⁴⁵⁴ “...Bu maddeye (m.111) göre kararlaştırılan ödeme taahhüdünde alacaklının onayına gerek bulunmayıp, borçlunun bu hakkı Yasadan kaynaklandığından, uygulamada “yasal taksit hakkı” olarak da adlandırılmaktadır...” (CGK 29.1.2002 17.HD.-295/14: YKD 2002/8, s.1244).

⁴⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, eserlerinde hacizden sonra taksitlendirme başlığı altında, “Hacizden sonra yapılan taksit anlaşmasını ikiye ayırmak gerekir.” (s.77) ifadesini kullanmaktadır. Kullanılan bu ifade, borçlunun yapmış olduğu ve kanunun aradığı şartları taşıyan taksitle ödeme taahhüdünün de sanki sözleşme olarak nitelendirildiği şeklinde sonuç çıkarmaya uygun bir ifadedir. Gerçi hemen altında kanunun aradığı şartların varlığı halinde, bu, borçlunun taksitlendirme teklifi olarak nitelendirilmiş, buna karşılık kanunda aranan şartlar yoksa bunun alacaklının kabulüne bağlı olduğu ve alacaklının kabulüyle taksit anlaşmasının yapılabileceği belirtilmektedir. Ancak ilk kullanılan ifade her ikisinin de sözleşme olarak nitelendirildiği gibi bir sonuca götürmektedir. Bunun yanında 4949 sayılı Kanunla 111.maddede değişiklik yapan maddenin gerekçesinde de, borçlunun m.111’e uygun olarak yaptığı taksitle ödeme taahhüdü sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Hükümet gerekçesinde “...Borçlu ile alacaklının akdettiği taksitle ödeme sözleşmesi, ister 111 inci maddeye göre yapılmış olsun, ister alacaklının muvafakati ile akdedilmiş bulunsun, sözleşme süresince 106 ve 150/e maddelerindeki süreler işlemeyecektir...” (Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, En Son Değişikliklere Göre Notlu-Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu ile Nizamnamesi ve Yönetmeliği, Ankara 2004, s.111, dn.53) şeklindeki ifadeden, kanundaki şartların varlığı halinde alacaklıyı bağlayan, kabulünü gerektirmeyen taksitle ödeme taahhüdünün de, yanlış bir şekilde, sözleşme olarak nitelendirildiği görülmektedir.

⁴⁵⁶ “...Bu taahhüt alacaklının kabulüne bağlı değildir. Borçlunun taahhütte bulunması ile yani tek taraflı beyanı ile İY’ın 111 inci maddesi uyarınca süreler durduğundan, Kanun da borçluya bir takım yükümlülükler yüklemektedir. Burada alacaklının da kabulü aranmadığından bir sözleşmeden bahsetmek mümkün değildir. Kanundan kaynaklanan yani alacaklının iradesine değer verilmeyen bir durumda, borçlunun beyan edip yerine getirmediği taahhüdü nedeniyle cezalandırılması söz konusudur. Bu halde hiç bir şekilde bir sözleşme söz konusu değildir...” (CGK 22.1.2002 , 17-294/1: YKD 2002/3, s.453).

Kanaatimizce burada iyi niyetli borçluları koruma bakımından borçlu lehine bir düzenleme getirilmiş ve kanunda sayılan şartların varlığı halinde, artık alacaklının bunu kabul etmesine gerek duyulmamıştır. Burada borçluya tanınan bir kolaylık vardır⁴⁵⁷. Ancak burada borçlu lehine düzenleme getirilmiş olması, alacaklının menfaatlerinin göz ardı edildiği anlamına gelmez. Zira öngörülen şartlar da alacaklıyı korumaya, yani bir denge kurmaya yöneliktir.

Bu değerlendirmeler ışığında m.111’de yer alan sözleşme ifadesinin, “borçlunun borcunu taksitle ödeme taahhüdü” olarak anlamının daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Aynı zamanda maddenin üçüncü fıkrasının değiştirilerek, bu fıkranın başına bir eklemenin yapılması, alacaklı ve borçlunun yaptığı taksitle ödeme sözleşmesi ile borçlunun tek taraflı olarak yaptığı taksitle ödeme taahhüdünü birbirinden ayırması, yanlış anlamaları ortadan kaldırması bakımından daha doğru olacağını düşünüyoruz. Buna göre, maddenin üçüncü fıkrası şöyle olmalıdır: “Alacaklının satış talebinden önce, borçlunun, borcunu taksitle ödemeyi taahhüt etmesi veya borçlu ile alacaklının borcun taksitlendirilmesi için icra dairesi önünde yapacakları sözleşme veya sözleşmelerin devamı süresince 106 ve 150/e maddelerindeki süreler işlemez”.

Buna karşılık, İcra ve İflâs Kanunu’nun 111.maddesindeki şartların oluşmamış olması durumunda, alacaklı ve borçlunun karşılıklı rızalarıyla taksitle ödemeyi kararlaştırmaları, sözleşmenin unsurlarını oluşturduğundan, teknik anlamda bir sözleşmedir⁴⁵⁸.

§ 5. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞMELER

A. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞME KAVRAMI

İcrayı daraltan sözleşmeler, kanun tarafından alacaklıya sunulan icra imkanlarının kısıtlanması, daraltılması sonucunu doğuran sözleşmelerdir⁴⁵⁹. Alacaklının,

⁴⁵⁷ Yılmaz, Değişiklikler, s.116.

⁴⁵⁸ Yılmaz, Değişiklikler, s.116-117; “... İİY’nin 340.maddesi uyarınca ‘alacaklının muvafakati ile kararlaştırılan ödeme şartının’ ise bir sözleşme olduğu yönünde herhangi bir kuşku bulunmamaktadır...” (CGK 25.9.2001 8-151/169: YKD 2002/8, s.1245).

⁴⁵⁹ Wagner, s.732; Bohn, Diss., s.3; Mette, s.5; Grunsky, s.105; Brox/Walker, s.126; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.388; Schönke/Baur, s.31; Jauernig, s.6; Bohn, s.20; Roquette, s.160; Emmerich, s.429; Mohrbutter/Mohrbutter, s.113; Bürck, s.397.

borçlunun sadece bazı mallarının haczini isteyebileceğine⁴⁶⁰, örneğin borçlunun sadece taşınır mallarının veya sadece taşınmazlarının haczinin istenebileceğine ya da borçlunun taşınır malları haczedilmeden taşınmaz mallarının haczinin istenemeyeceğine ya da bazı malların haczin kapsamı dışında bırakılmasına⁴⁶¹ yahut borçlunun mallarının belirli bir sıraya göre yapılacağına⁴⁶² yönelik sözleşmeler icrayı daraltan sözleşmeler kapsamına girmektedir.

B. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ

İcrayı daraltan sözleşmelerin geçerliliği konusunda gerek doktrinde⁴⁶³ gerekse yargı kararlarında⁴⁶⁴ görüş birliği olduğu söylenebilir. Bu konuda sadece alacaklının kendisine kanun tarafından verilen icra imkanlarından veya yetkilerinden vazgeçip vazgeçemeyeceği sorusu sorulmuştur⁴⁶⁵. Ancak sonuç olarak icra takibinin başlatılması, bazı durumlarda sona erdirilmesi, takibin başlayacağı zamanın alacaklı tarafından belirlenmesi, takip sırasında kural olarak icra takip işlemlerinin alacaklının talebiyle yerine getirilmesi, kısaca icra sürecinde tasarruf ilkesinin⁴⁶⁶ geçerli olması ve özellikle de alacaklının egemenliğinin⁴⁶⁷ olması nedeniyle, alacaklının icra imkanlarını veya yetkilerini daraltabileceği, sınırlandırabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Ayrıca icra takibi

⁴⁶⁰ Bohn, Diss., s.3; Behr, s.123; Wagner, s.732, 751; Postacıoğlu, s.60; Schönke/Baur, s.31; Bohn, s.20; Schönke/Baur/Stürner, s.125; Berkin, s.16; Mohrbutter/Mohrbutter, s.113; Brox/Walker, s.126; Musielak, s.360; Bürck, s.397; Blomeyer, s.145.

⁴⁶¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.389; Postacıoğlu, s.60.

⁴⁶² Mohrbutter/Mohrbutter, s.113; Bürck, s.398; Schiedermaier, s.134.

⁴⁶³ Raatz, s.7; Emmerich, s.413; Schiedermaier, s.83; Bohn, Diss., s.3; Lüke, W., S.423; Jauernig, s.6; Gaul, Zulaessigkeit, s.348; Lackmann, s.41; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.388; Brox/Walker, s.127; Blomeyer, s.145; Schilken, s.284; Schuschke, s.72; Bohn, s.20; Stürner, s.299; Musielak, s.360; Behr, s.123; Schönke/Baur/Stürner, s.125; Berkin, açıkça icrayı daraltan sözleşme kavramını kullanmamakla birlikte borçlunun borcunu ödememesi durumunda hangi mal ve haklarının haczinin istenebileceğine dair borçlu ile muteber bir sözleşme yapılabileceğini belirtmektedir (Berkin, s.16).

⁴⁶⁴ BGH, Urt. v. 11.12.1967 NJW 1968/15, s.700; BGH 2.4.1991-VI ZR 241/90, JR 1992/7, s.283; BGH, Urt. v.2.4.1991-VI ZR 241/90 (Frankfurt), NJW 1991/36, s.2296.

⁴⁶⁵ Emmerich, s.429.

⁴⁶⁶ Bkz. yuk. § 2-C-III.

⁴⁶⁷ Bkz. yuk. § 2-C-III.

⁴⁶⁸ Wagner, s.750; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.388; Emmerich, s.429; Brox/Walker, s.127; Schuschke, s.72.

yapma yetkisi olan alacaklıyı, icra takibi yapmak bakımından emredici kurallarla korumaya gerek yoktur⁴⁶⁹.

Genel olarak icra sözleşmelerinin geçerliliği için ileri sürülen gerekçeler, icrayı daraltan sözleşmeler için de kullanılmaktadır. Her şeyden önce özel hukukta geliştirilen sözleşme özgürlüğü ilkesinin bütün alanlar için geçerli bir ilke olduğu, sözleşmenin sadece özel hukukun bir kurumu değil, bütün hukuk alanlarının ortak bir kurumu olduğu icrayı daraltan sözleşmelerin geçerliliği için de ortaya konulmaktadır⁴⁷⁰. İcra hukukunda da geçerlilik alanı bulan ve yukarıda incelediğimiz tasarruf ilkesi de, tarafların icra sürecini etkileyen sözleşmeleri ve aynı zamanda icrayı daraltan sözleşmeleri yapabilmeleri bakımından dayanak teşkil etmektedir⁴⁷¹.

C. İCRAYI DARALTAN SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ

I. Haczi Caiz Olan Mala Sözleşmeyle Hacedilmezlik Vasfının Verilmesi

Kural olarak borçlunun mamelekî bir değeri olan ve paraya çevrilebilen bütün malvarlığı alacaklının tatmini amacıyla hacze konu olabilir⁴⁷². Ancak insanî ve sosyal düşünceler nedeniyle borçlunun mameleki bir değeri olmasına rağmen, bazı mal ve haklarına kanun tarafından hacedilmezlik vasfı tanınmıştır (m.82, m.83). Burada esas olan düşünce, borçlunun ve ailesinin yaşaması ve ekonomik varlığını devam ettirebilmesi için ihtiyacı olan malların borçlu ve ailesi için bırakılmasını sağlamak, bu kişilerin devletin sosyal desteğine muhtaç duruma düşmesine engel olmaktır⁴⁷³.

Borçlunun bazı mal ve haklarının haczin kapsamı dışında bırakılması borçlu ve ailesini korumaya yönelik olarak getirilmiş hükümlerdir. Bu nedenle icra takibinde, daha zayıf konumda bulunan borçlu lehine olacak şekilde hacedilebilen bir malın haczin kapsamı dışında bırakılması şeklinde yapılan icra sözleşmelerinin geçerli olacağı kanaatindeyiz. Böyle bir sözleşmeyle alacaklının icra imkanları daraltıldığı için, bu sözleşmeler icrayı daraltan sözleşmeler kapsamında değerlendirilmelidir.

⁴⁶⁹ Blomeyer, s.145.

⁴⁷⁰ Gaul, Zulaessigkeit, s.348; BGH, Urt. v. 11.12.1967 NJW 1968/15, s.700.

⁴⁷¹ Emmerich, s.429.

⁴⁷² Kuru, Haciz, s.277.

⁴⁷³ Kuru, Haciz, s.278.

Böyle bir sözleşmenin yapılmasıyla, borçlunun kanunen haczedilmesi mümkün olan bir malı, artık haczin kapsamı dışında kalacaktır.

II. Haczin Bazı Mallarla Sınırlandırılması

“Haciz, kesinleşmiş bir icra takibinin konusu olan belli bir para alacağının ödenmesini sağlamak için, bu yolda talepte bulunan alacaklı lehine, söz konusu alacağı karşılayacak miktar ve değerdeki borçluya ait mal ve haklara, icra dairesi tarafından hukuken el konulmasıdır”⁴⁷⁴.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere haczin amacı, alacaklının alacağına kavuşmasını sağlamaktır. Alacaklı için önemli olan alacağını elde etmesidir. Dolayısıyla alacaklı bakımından borçlunun hangi malının haczedildiği veya haczedilmediği çok da önemli olmayacaktır⁴⁷⁵. Haczedilen veya haczedilmeyen mallar esasen borçlu bakımından önem arz etmektedir. Zira bazı mallar vardır ki, bu mallar borçlu için ya maddî bakımdan değerli olabilir, ya da manevi bakımdan özel değeri olan mallar olabilir. Borçlu doğal olarak kendisi için maddî veya manevi değeri olan mallarını haczin kapsamı dışında bırakmak isteyecektir. İşte bu nedenle borçlu ve alacaklının yapacakları icra sözleşmesi vasıtasıyla, kanunen haczi mümkün olan bazı malları haczin kapsamı dışında bırakmaları mümkündür.

Nitekim kanunumuzda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte doktrin tarafından geliştirilen hacizde tertip esası da, ilke olarak yokluğu borçluya en az yük teşkil edecek malların öncelikle haczedilmesi esasını öngörmektedir⁴⁷⁶. Doktrinde m.85’in bir bütün olarak değerlendirilmesi halinde hacizde tertip esasının çıkacağı sonucuna varılmaktadır⁴⁷⁷. Kanun tarafından, haczi koyan icra müdürüne, borçlu ve alacaklının menfaatlerini bağdaştırma görevi verilmiş olması, borçlunun mallarının haczinde borçluya yokluğu en az yük teşkil edecek mallara öncelik verilmesi gereği, bu konuda taraflara, kendi menfaatlerini korumak amacıyla, evleviyetle sözleşme yapabilme imkanının verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira sözleşme yapan taraflar

⁴⁷⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.252.

⁴⁷⁵ Rinck, s.118.

⁴⁷⁶ Berkin, İcra Memurları, s.290; Üstündağ, s.210; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.259; Kuru, s.633; Yıldırım, M.K., s.86; Ansay, s.74; Kuru, El Kitabı, s.370.

⁴⁷⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.260.

öncelikle kendi menfaatlerini gözeteceklerdir. Borçlu bu sözleşmeyi yaparak kendisi için önemli olan bazı malları haczin dışında tutma imkanına sahip olabilecektir.

Bu çerçevede, alacaklı ve borçlu yapacakları sözleşmeyle, öncelikle borçlunun taşınır mallarının haczedilmesi zorunluluğunu öngörebilirler. Bunun tersinin olması da mümkündür⁴⁷⁸. Borçlunun borcuna yetecek kadar taşınır malı olmasına rağmen alacaklı ve borçlu öncelikle borçlunun taşınmaz malının haczedilmesi konusunda anlaşabilirler. Bu durumda da öncelikle borçlunun taşınmazı haczedilecektir⁴⁷⁹. Bunun yanı sıra borçlu böyle bir sözleşme vasıtasıyla, örneğin kendisi için büyük önemi olan, ancak maddî olarak belki çok fazla da değeri olmayan aile yadigârı bir eşyasını haczin kapsamı dışında tutabilecektir.

Bu açıklamalar çerçevesinde borçlu ve alacaklının, böyle bir durumda iki farklı sözleşme yapabilme imkanlarının olduğu ortaya çıkmaktadır. Buna göre, alacaklı ve borçlu, sadece belirli bazı malların haczedilip satılabileceği, bunun dışında kalan malların haczedilemeyeceği konusunda sözleşme yapabilecekleri gibi, öncelikle borçlunun bazı mallarının haczedilmesi ve satılması gerektiği, ancak söz konusu malların satışından elde edilen bedel alacaklının alacağına yetmezse borçlunun diğer mallarına müracaat edilebileceği şeklinde sözleşme yapabileceklerdir.

§ 6. İCRAYI ENGELLEYEN (BERTARAF EDEN) SÖZLEŞMELER

A. İCRAYI ENGELLEYEN (BERTARAF EDEN) SÖZLEŞME KAVRAMI

İcrayı engelleyen sözleşmeler, alacaklının icra imkanlarını engelleyen, alacaklının icra takibi yapmasına mani olan sözleşmelerdir⁴⁸⁰. İcrayı engelleyen sözleşmeler, başlamış bir icra takibi varsa bunun devamına, icra takibi henüz başlamamış ise, bu durumda da icra takibinin başlamasına engel olur ya da yapılan

⁴⁷⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.389.

⁴⁷⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.259, dn.19; Kuru s.635, dn.82.

⁴⁸⁰ Bohn, Diss., s.4; Wagner, s.748; Bohn, s.20; Brox/Walker, s.126; Schönke/Baur, s.30; Mette, s.78; Roquette, s.163.

sözleşmeyle alacaklı, yargılama sonucu elde edilen mahkeme kararını icraya koymama yükümlülüğü altına girmiş olabilir⁴⁸¹.

İcrayı engelleyen sözleşmeleri, icrayı kesin olarak engelleyen ve icrayı geçici olarak engelleyen sözleşmeler olarak ikiye ayırmak mümkündür. İcrayı kesin olarak engelleyen sözleşmelerde, alacaklının kural olarak hiç icra takibine başlayamaması veya başlamış icra takibinden sonra bir sözleşme yapılmış ise, takibi artık hiç devam ettirememesi söz konusudur. Buna karşılık icrayı zaman olarak engelleyen sözleşmelerde, alacaklı ve borçlu belirli bir süre veya belirli bir olay gerçekleşene (örneğin mahkemenin verdiği karar kesinleşene) kadar⁴⁸² ya da belirli bir olay gerçekleştikten bir müddet geçene kadar icra takibinin yapılmaması konusunda anlaşmaktadırlar⁴⁸³. Örneğin alacaklı ve borçlu icra takibinin başlangıcı için, bir başka alacaklının borçlu aleyhine icra takibine girişmesi şartını öngörebilirler⁴⁸⁴ ya da belirli bir olayın geçmesinden sonra icra takibinin yapılabileceğine⁴⁸⁵, örneğin mahkeme tarafından verilen hüküm kesinleşmeden icraya konulamamasına dair yapılan sözleşmeler icrayı geçici olarak engelleyen sözleşmelerdir.

İcrayı engelleyen sözleşmeler daha çok borçlunun lehine olarak görülmektedir. İcrayı engelleyen sözleşmeler, kanun tarafından düzenlenen borçlunun durumunu daha da iyileştirmeyi amaçlamaktadır. Bu yönüyle bu tür icra sözleşmeleri özellikle borçlunun ekonomik olarak zor durumda olduğu durumlarda büyük öneme sahip olacaktır⁴⁸⁶. Bu da alacaklıya sunulan bazı imkanlar nedeniyle alacaklının icra takibine başvurmaması veya başlatmış olduğu icra takibini devam ettirmemesi şeklinde olabilir.

İcra sözleşmelerinde genellikle ekonomik olarak daha zayıf konumda olan borçlu ile ekonomik olarak daha güçlü durumda olan alacaklının karşı karşıya olması söz konusudur. Ancak bununla birlikte aşağıda⁴⁸⁷ inceleyeceğimiz taksitle ödeme sözleşmesinde olduğu gibi sözleşmenin yapılması, sadece borçlunun çıkarlarının daha fazla korunması anlamına gelmeyecek, sözleşmeyle icra takibinin engellenmesi

⁴⁸¹ Wagner, s.748; Brox/Walker, s.126; Mette, s.8; BGH 2.4.1991-VI 241/90, JR 1992/7, s.283.

⁴⁸² BGH, Urt. v. 11.12.1967 NJW 1968/15, s.700; Bürck, s.398.

⁴⁸³ Roquette, s.163.

⁴⁸⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.389; Bürck, s.397.

⁴⁸⁵ Jauernig, s.6.

⁴⁸⁶ Bohn, Diss., s.5.

⁴⁸⁷ Bkz. aşa. § 6-C-I ve II.

bazen alacaklı için de en ideal yol olabilecektir⁴⁸⁸. Zira borçlu, gerek hacizden önceki bir dönemde gerekse hacizden sonraki bir dönemde alacaklıya borcunu taksitle ödemeyi teklif ederek, bu zaman dilimi içinde ödeme kolaylığı elde etmek isterken, alacaklı da bu sürenin sonunda alacağını tam olarak elde etme imkanına sahip olacaktır. Buna karşılık alacaklı, borçluya karşı icra takip işlemlerini devam ettirme külfetinden kurtulacak, daha da önemlisi icra takibi sonunda belki alacağını tam olarak alamama gibi bir riskten de kurtulmuş olacak, icra takibi yapmasına oranla daha iyi bir itfa imkanı elde etmiş olacaktır. Buna karşılık borçlu, sözleşmeye uygun hareket etmezse, alacaklının icra takibini devam ettirme imkanı olacak, ödemenin gecikmesinden bir zararı varsa bunun tazmin edilmesi de gündeme gelecektir.

İcrayı engelleyen sözleşmeler doktrinde bazı yazarlar tarafından icrayı daraltan sözleşmelerin özel bir türü olarak ele alınmıştır. Buna göre, özellikle de icrayı geçici olarak engelleyen sözleşmeler, icrayı zaman açısından daraltan sözleşmeler olarak nitelendirilmiştir. Buna karşılık bu yazarlar icrayı daraltan sözleşmeleri, dar anlamda icrayı daraltan sözleşmeler olarak adlandırmışlardır⁴⁸⁹. Ancak bu tür sözleşmelerde alacaklının icra imkanlarının daraltılması değil, alacaklının icra imkanlarına engel olunması söz konusudur. Bu nedenle, biz bu görüşe katılmıyoruz. İcrayı daraltan sözleşmelerle icrayı engelleyen sözleşmelerin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz⁴⁹⁰.

İcrayı daraltan sözleşmelerde, kural olarak geçici bir durum söz konusudur. Söz konusu geçici, arızı durum ortadan kalkarsa veya sözleşmede belirtilen şart gerçekleşirse icra takibinin devam etmesi veya icra takibi hiç başlatılmamış ise, alacaklının talebiyle icra takibinin başlatılması mümkündür. Ancak icrayı engelleyen sözleşmelerde ise, icra takibinin yapılamaması kural, buna karşılık, örneğin sözleşmenin borçlu tarafından yerine getirilmemesi gibi bir nedenle, (taksitle ödeme sözleşmesinde taksitlerin ödenmemesi nedeniyle olduğu gibi) icra takibinin yapılması ise istisnadır. Bundan dolayı biz icrayı daraltan sözleşmelerle icrayı engelleyen sözleşmeleri ayrı ayrı incelemeyi daha uygun buluyoruz.

⁴⁸⁸ Bohn, Diss., s.5.

⁴⁸⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.388.

⁴⁹⁰ Aynı yönde Bohn, Diss., s.3-5.

B. İCRAYI ENGELLEYEN (BERTARAF EDEN) SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ

İcrayı engelleyen sözleşmelerin geçerliliği konusuna şüpheli yaklaşımlar vardır. Buna göre icrayı engelleyen sözleşmeler, hukukî korunma hakkının bir parçası olan icra hakkından vazgeçme anlamına gelir ve bu nedenle geçersizdir⁴⁹¹. Ayrıca bu talep sadece devlete yöneltilen bir taleptir. Devlete yöneltilmesi gereken bir hak üzerinde de tarafların sözleşme yapması düşünülemez. Bunun dışında icra hakkını ilgilendiren normlar emredici normlardır; bu nedenle taraf iradesi burada etkili olamaz. Çünkü bu normlar sadece taraf menfaatlerini değil, kamusal menfaatleri de ilgilendirmektedir. Bu nedenle hakların yerine getirilmesi yolu olan icra yolu her zaman açık olmalıdır⁴⁹².

Özellikle alacaklının henüz mahkeme kararı elde etmeden önceki bir dönemde, muhakeme sonucunda elde edeceği ilamı hiç icra ettirmeyeceği şeklinde yapılan icrayı engelleyen sözleşmelerin geçerliliği üzerinde durulması gerekir. Öncelikle alacaklı ve borçlunun mahkeme kararının icra ettirilmeyeceği şeklinde yapacakları sözleşme, alacaklının mahkemeye başvurmasına engel olmayacaktır. Zira burada henüz icra aşamasına geçilmesi söz konusu değildir⁴⁹³. Ancak böyle bir durumda her şeyden önce, alacaklının hukukî yararının olup olmadığı sorusu akla gelecektir. Davacının bir dava açabilmesi için o davayı açmakta hukukî menfaatinin olması gerekir⁴⁹⁴. Bu durumda mahkemenin vereceği karar bir nevi tespit hükmü olacaktır⁴⁹⁵. Böyle bir sözleşmeye izin verilmesi, eda davası açılma imkanı varken tespit davası açılmayacağı kuralının, dolanılmasına sebebiyet verebilecektir. Çünkü hiçbir zaman icraya konulamayacak eda hükmü, sonuç olarak bir tespit hükmü niteliğinde olacaktır⁴⁹⁶. Bu nedenle mahkeme kararı henüz elde edilmeden önce alacaklının, elde edilen hükmü hiçbir zaman icraya koydurmayacağına yönelik yapmış olduğu sözleşme geçersiz kabul edilmektedir.

⁴⁹¹ Schönke/Baur, s.31; Schidermair, s.91.

⁴⁹² Schidermair, s.92.

⁴⁹³ Mette, s.79.

⁴⁹⁴ Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2004, s.312 vd.; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.211.; Saim Üstündağ, Medenî Yargılama Hukuku C:I-II, İstanbul 1997, s.277; İlhan E. Postacıoğlu, Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s.195 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.222.

⁴⁹⁵ Mette, s.81.

⁴⁹⁶ Mette, s.82.

Ayrıca bir hükmün en önemli vasıflarından birisi icra edilebilirlik olarak kabul edilmektedir. Bunun için mahkemenin vereceği hükmün hiçbir zaman alacaklı tarafından icraya konulamayacağı şeklinde önceden yapılan sözleşmeler geçersiz olarak kabul edilmektedir⁴⁹⁷.

Ancak alacaklının mahkeme kararını aldıktan sonra artık icrayı sürekli olarak engelleyen bir sözleşme yapması mümkündür. Artık alacaklı icra imkanlarını hiç kullanmayacağı şeklinde sözleşme yapabilecektir⁴⁹⁸. Mahkeme kararının elde edilmesinden sonra icrayı sürekli engelleyen sözleşmelerin geçerliliği kabul edildiğine göre, böyle bir durumda icrayı geçici olarak engelleyen sözleşmelerin geçerliliği evleviyetle kabul edilecektir⁴⁹⁹.

Buna karşılık, alacaklının henüz mahkeme kararı elde etmeden önceki bir dönemde, icrayı geçici olarak engelleyen sözleşmeler yapması mümkündür⁵⁰⁰. Örneğin alacaklı ve borçlu yapacakları sözleşmeyle, mahkeme tarafından verilen hüküm kesinleşinceye kadar alacaklının icra takibine girişmemesini kararlaştırabilirler. Artık burada eda davası açma imkanı varken tespit davası açılmasında davacının hukukî menfaatinin olmaması kuralının dolanılması da söz konusu olmayacaktır⁵⁰¹. Ancak bu sözleşmelerin geçerli olabilmesi için söz konusu sürenin belirli veya belirlenebilir olması gerekir⁵⁰².

İlamsız icra bakımından ise, alacaklının cebri icrayı talep hakkı doğmadan önceki bir zamanda icra takibine hiçbir zaman başvurmayacağı şeklindeki icrayı sürekli engelleyen sözleşmenin geçerli olmayacağı kanaatindeyiz. Zira bir hak doğmadan önce ondan feragat edilmesi eşyanın tabiatına aykırıdır⁵⁰³. Buna karşılık icra hakkının doğumundan önce, icrayı geçici olarak engelleyen sözleşmenin yapılması mümkündür. Çünkü burada artık cebri icra hakkından feragat edilmesi değil, sadece belirli bir süre icra takibi yapılmaması söz konusudur.

⁴⁹⁷ Bohn, Diss., s.18; Scönke/Baur/Stürner, s.124; Brox/Walker, s.127; Bohn, s.25.

⁴⁹⁸ Brox/Walker, s.127; Mette, s.84; Schilken, s.284; Scönke/Baur/Stürner, s.124; Bohn, s.25.

⁴⁹⁹ Mette, s.84.

⁵⁰⁰ Lüke, W., s.423; Mette, s.83

⁵⁰¹ Mette, s.83; BGH, U.v., 11.12.1967, NJW 1968/15, s.700.

⁵⁰² Mette, s.84.

⁵⁰³ Tanrıver, Kamu Düzeni, s.576.

Buna karşılık genel olarak hiçbir icra takibinin yapılmayacağına ilişkin sözleşmeler geçersiz olacaktır. Zira burada belirsiz bir haktan, sürekli olarak vazgeçme söz konudur. Ayrıca burada da yine henüz doğmamış bir hak vardır; bu nedenle böyle bir vazgeçme geçerli değildir.

C. İCRAYI ENGELLEYEN SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ

İcrayı engelleyen sözleşmelerin en tipik örneği taksitle ödeme sözleşmeleridir. Taksitle ödeme sözleşmesini, hacizden önce taksitle ödeme sözleşmesi ve hacizden sonra taksitle ödeme sözleşmesi olarak ikiye ayırmak gerekir. Kanunumuz esasen yukarıda⁵⁰⁴ incelediğimiz ve teknik anlamda sözleşme olmadığını belirlediğimiz ve borçlunun, mallarının hacizden sonra yapmış olduğu taksitle ödeme taahhüdünü ayrıntılı şekilde düzenlemiştir (m.111). Burada tekrar vurgulamak gerekirse, yukarıda incelediğimiz borçlunun taksitle ödeme taahhüdü ile taksitle ödeme sözleşmelerini birbirinden ayırmak gerekir. Taksitle ödeme taahhüdünde kanunda belirtilen şartlar gerçekleşmiş ise, borçlunun taksitle ödeme taahhüdünün alacaklı tarafından kabulüne gerek yoktur. Buna karşılık taksitle ödeme sözleşmelerinde ise, alacaklı ve borçlunun karşılıklı irade beyanlarının uyuşması söz konusudur, herhangi bir zorunluluk yoktur.

İcra ve İflâs Kanunu'nda borçlunun taksitle ödeme taahhüdü, taksitle ödeme sözleşmelerine göre daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Kanundan gerek hacizden önceki (m.78, II) gerekse hacizden sonra (m.111, III) taksitle ödeme sözleşmelerinin yapılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak sözleşmenin diğer unsurlarına ilişkin ayrıntılar yoktur.

I. Hacizden Önce Taksitle Ödeme Sözleşmesi

İcra ve İflâs Kanunu'nun 78.maddesinin ikinci fıkrasından, alacaklı ve borçlunun hacizden önce taksitle ödeme sözleşmesi yapabilmelerine kanun tarafından izin verildiği görülmektedir. Bu maddeye göre, taksit sözleşmesinin ihlaline kadar geçen zaman, haciz isteme süresinin hesabında dikkate alınmaz⁵⁰⁵.

⁵⁰⁴ Bkz. yuk. § 4.

⁵⁰⁵ Muşul, s.890.

Alacaklı ve borçlu, hacizden önceki bir dönemde, icra dairesi önünde, borcun taksitle ödenmesi konusunda sözleşme yapabilirler. Bu sözleşmenin icra dairesi önünde yapılması gerekir. İcra dairesi önünde yapılmaması durumunda icra takibi durmayacaktır⁵⁰⁶. Bu sözleşmenin icra dairesinde yapılması ve sözleşmenin tutanağa geçirilmesi, tutanağın alacaklı, borçlu ve icra müdürü tarafından imzalanması gerekir⁵⁰⁷.

Hacizden önce yapılan taksitle ödeme sözleşmesi genellikle iki şekilde olabilir. Alacaklının haciz talebi üzerine, borçlunun mallarının haczi için evine veya işyerine gidildiğinde, borçlu taksitle ödeme teklifinde bulunabilir. Borçlunun yapmış olduğu taksitle ödeme teklifi alacaklı tarafından da kabul edilirse, haczi yapan memur, borçlunun taksitle ödeme teklifini ve bunun detaylarını, alacaklının da bu teklifi kabul ettiğini haciz tutanağına yazar. Haciz tutanağının altı borçlu, alacaklı ve haczi yapan memur tarafından imzalanır. Böylece sözleşme kurulmuş olur ve sözleşmenin kurulmasıyla artık alacaklı haciz talebini geri almış olacağından, borçlunun malları haczedilemez⁵⁰⁸.

Hacizden önce yapılan taksitle ödeme sözleşmesinin yapılabilmesi için mutlaka, borçlunun mallarının haczine gidilmiş olması gerekmez. Hacze gidilmeden önce de icra takibinin herhangi bir aşamasında taksitle ödeme sözleşmesinin yapılması mümkündür. Alacaklı ve borçlu icra dairesi önünde borcun taksitle ödenmesi sözleşmesi yaparak bunu icra tutanağına geçirtebilirler⁵⁰⁹. Daha sonra tutanağın altı alacaklı, borçlu ve icra müdürü tarafından imzalanır. Ancak alacaklı ve borçlunun mutlaka taksitle ödeme sözleşmesinin görüşmelerini icra dairesi önünde yapmaları veya daha önce görüşmüş, anlaşmış olmalarına rağmen bunu yazıya dökmeden icra dairesine

⁵⁰⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.338, dn.1; Kuru, İcra C:II, s.1185, dn.2.

⁵⁰⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.185; Kuru, El Kitabı, s.522; "... Borçlu sanığın ödeme taahhüdünü ihtiva eden 17.3.1992 tarihli icra tutanağında, icra müdürü veya yetkili memurun imzaları bulunmadığı, böylece İİK'nun 8.maddesine aykırılık yapılmış olması nedeniyle bu tutanak ve hükme dayanak alınan taahhüdün hukuken geçerli bulunmadığı gözardı edilerek yazılı biçimde mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş(tir)..." (8.CD 25.11.1993 10676/11955: YKD 1994/2, s.316-317). Verilen bu karar sonucu itibarıyla doğrudur; çünkü icra tutanağın altı icra müdürü veya yardımcısı tarafından imzalanmalıdır, imzalanmıyorsa o kişiye ceza verilemez. Ancak söz konusu icra tutanağının altının icra müdürü tarafından imzalanmamış olması borçlunun taahhüdünün geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Ancak kanunda öngörülen bazı sonuçların doğmasına, örneğin taahhüdün ihlali durumunda borçluya ceza verilmesine engel olur. Buna karşılık borçlunun taahhüdü hukuken geçerli bir taahhüt olarak kalır.

⁵⁰⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339; Kuru, İcra C:II, s.1186; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Kuru, El Kitabı, s.522; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.186.

gelip icra dairesi önünde tutanağa geçirtmeleri gerekmez. Alacaklı ve borçlu aralarında bir görüşme yaparak borcun taksitle ödenmesi konusunda anlaşabilirler ve bunu yazılı bir belgeye dökebilirler. Daha sonra da icra dairesine giderek yapmış oldukları sözleşmenin tutanağa geçirilmesini sağlayabilirler. Ancak yine bu durumda da tutanağın alacaklı, borçlu ve icra müdürü tarafından imzalanması gerekecektir. Bunun pratik faydası, tarafların yapmış olduğu sözleşmenin yazıya dökülmüş olması nedeniyle icra dairesi önünde tekrar ihtilafların çıkmasını engellemesi olacaktır.

Borçlunun taksitle ödeme teklifini doğrudan doğruya alacaklıyla müzakere etmeden, örneğin alacaklının icra dairesinde hazır bulunmaması veya bulunamaması nedeniyle, icra dairesi aracılığıyla taksitle ödeme teklifinin alacaklıya bildirilmesi mümkündür. Borçlunun taksitle ödeme teklifi icra dairesi aracılığıyla bir yazı ile alacaklıya tebliğ edilir. Alacaklı borçlunun taksitle ödeme teklifini kabul ettiğini icra dairesine bildirirse, icra dairesi bunu bir yazı ile borçluya bildirir ve bununla taksitle ödeme sözleşmesi kurulmuş olur⁵¹⁰. Ancak alacaklının, borçlunun teklifini hemen kabul etmeyerek borçluya bazı konularda müzakereler yapması mümkündür. Bu durumda yine alacaklı ile borçlunun bir sözleşme yaparak, icra dairesine başvurması ve bunu icra tutanaklarına geçirterek, kanunen öngörülen sonuçların doğmasını sağlayabilirler. Alacaklının kendisine icra dairesi tarafından tebliğ edilen borçlunun teklifini kabul ettiğine veya kabul etmediğine dair bir bildirimde bulunması zorunlu değildir. Alacaklı, kendisine yapılan taksitle ödeme teklifine rağmen, icra takip işlemlerinin devam etmesini istiyorsa, bu, borçlunun teklifini kabul etmediği anlamına gelecektir. Bunun yanı sıra, icra dairesine bildirimde bulunmayarak bazı şartları borçluya görüşmesi de mümkündür.

Borçlunun hacizden önce yapmış olduğu taksitle ödeme teklifi, m.111'deki şartları taşısa bile, alacaklının bu teklifi kabul etme zorunluluğu yoktur, alacaklı buna rağmen borçlunun mallarının haczini isteyebilir⁵¹¹. Zira kanun böyle bir zorunluluğu sadece, borçlunun borcuna yetecek miktardaki malı haczedildikten sonraki bir dönem

⁵⁰⁹ Muşul, s.891.

⁵¹⁰ Üstündağ, s.292; Muşul, s.892; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339; Kuru, El Kitabı, s.523; Kuru, İcra C:II, s.1187; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Gürdoğan, s.101.

⁵¹¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.341; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.185; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Üstündağ, s.292.

için öngörmüştür. Ancak hacizden önceki dönem için böyle bir zorunluluk söz konusu değildir.

Hacizden önceki dönemde yapılan taksitle ödeme sözleşmesinin şartlarını, taksit sayısını, taksit miktarlarını borçlu ve alacaklı istedikleri gibi belirleyebileceklerdir⁵¹². Hatta taksitle ödeme sözleşmesi yapmayarak, borcun tamamının ileriki bir tarihte ödenmesini de kararlaştırabilirler⁵¹³.

Alacaklı ve borçlunun anlaşarak taksitle ödeme sözleşmesi yapması ve bunun icra tutanağına geçirilmesi ile icra takibi duracaktır. Borçlu taksitle ödeme sözleşmesine uygun olarak taksitleri ödediği sürece icra takibinin devam etmesi, bu bağlamda borçlunun mallarının haczedilmesi mümkün değildir⁵¹⁴.

Taksitle ödeme sözleşmesi devam ettiği sürece haciz isteme süreleri işlemeyecektir (m.78, II). Ancak 4949 sayılı Kanunla değişiklik yapılan 111.maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, sözleşmelerin toplam süresinin on yılı aşması halinde, aştığı tarihten itibaren sürelerin kaldığı yerden işlemeye başlayacağına dair hükmün, hacizden önceki taksitle sözleşmesi için de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. İİK m.111, III'ten açıkça bunu anlamak mümkün değildir. Ancak maddede değişiklik yapan kanunun gerekçesine bakıldığında bu hükmün hacizden önce yapılan sözleşmeler için de uygulanması gerektiği sonucu çıkarılmaktadır. Maddenin gerekçesinde aynen şöyle denilmektedir: “...Ayrıca, kötü niyetli kişilerin ispatı güç muvazaalı hacizler veya icra takipleri çerçevesinde bu tür taksitle ödeme sözleşmeleri yaparak avantaj sağlamalarının önüne geçilmesi amacıyla anılan sözleşme veya sözleşmelerin toplam süresinin on yılı aşması halinde, aştığı tarihten itibaren sürelerin kaldığı yerden işlemeye başlaması öngörülmüştür” (Hükümet Gerekçesi, m.27)⁵¹⁵. Gerekçede muvazaalı haciz veya icra takiplerine engel olmaktan, söz edilmektedir. Dolayısıyla bununla sadece hacizden sonraki taksitle ödeme sözleşmeleri değil, aynı zamanda hacizden önceki taksitle ödeme sözleşmeleri de kastedilmektedir. Hacizden önceki bir dönemde de kötü niyetli taksitle ödeme sözleşmelerinin yapılması mümkündür. Kanun maddesinin amaca uygun şekilde

⁵¹² Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.185; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Muşul, s.891.

⁵¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.185.

⁵¹⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.340; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.186.

⁵¹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, İİK, s.111, dn.53.

yorumlanmasıyla bu hükmün hacizden önce yapılan taksitle ödeme sözleşmeleri için de uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

II. Hacizden Sonra Taksitle Ödeme Sözleşmesi

Hacizden sonra borçlunun icra takibinin devam etmesine engel olabilmek için iki imkanı vardır. Birincisi, belki de kendisi için daha kolay olanı, m.111'deki şartlara uygun bir ödeme taahhüdünde bulunmasıdır. Bu durumda alacaklının kabulüne ihtiyaç yoktur. İkincisi ise, borçlunun, m.111'deki şartları gerçekleştirememesi durumunda, alacaklı ile, şartlarını kendilerinin belirledikleri ve alacaklının kabulüne bağlı bir taksitle ödeme sözleşmesi yapmalarıdır.

Borçlunun yapmış olduğu teklifin m.111'deki şartları taşımaması halinde alacaklı ve borçlunun aralarında anlaşarak taksitle ödeme sözleşmeleri yapabilecekleri kanundan anlaşılmaktadır (m.111, III, m.340). Alacaklı böyle bir durumda borçlunun taksitle ödeme teklifini kabul etmek zorunda değildir⁵¹⁶. Alacaklı bu teklifi kabul etmeyip borçlunun hacizli mallarının satışını isteyebilir⁵¹⁷. Alacaklının, borçlunun bu teklifini (icabını) kabul etmesi durumunda sözleşme kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin icra takibi üzerinde doğrudan doğruya etkili olabilmesi için, yani icra takibini durdurabilmesi, borçlunun hacizli mallarının satışına engel olabilmesi ve satış sürelerinin işlemesine engel olabilmesi için, bu sözleşmenin icra tutanaklarına geçirilmesi gerekir (m.111, III).

Sözleşme bu şekilde kurulduktan sonra, borçlu da sözleşmeye uygun bir şekilde taksitleri ödediği sürece, icra takibi devam etmeyecek, borçlunun hacizli mallarının satışı yapılamayacaktır⁵¹⁸. Aynı zamanda taksitle ödeme sözleşmesi devam ettiği sürece m.106'da düzenlenen hacizli malın satışını isteme süresi ve m.150/e'deki rehinli malın satışını isteme süresi işlemeyecektir. Ancak bu sözleşme veya sözleşmelerin toplam süresinin on yılı aşması halinde, aştığı tarihten itibaren süreler kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır (m.111, III).

Bu noktada şunu da belirtmek gerekir: m.111, III 4949 sayılı Kanun'la değiştirildiğinde bu fıkraya aynı zamanda taksitle ödemenin devam ettiği süre içinde 150/e'deki, yani rehinli malın satışını isteme süresinin de işlemeyeceği eklenmiştir.

⁵¹⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.76; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.342; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.186.

⁵¹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.342.

Yapılan bu ilave konuya ilişkin tereddütleri gidermiştir. Zira rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte taksitle ödemenin mümkün olup olmadığı konusunda tereddütler vardı⁵¹⁹. Doktrinde, 111.maddeye atıf yapılmaması nedeniyle, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, borcun taksitle ödenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştü⁵²⁰. Buna karşılık, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de taksitle ödemenin mümkün olduğunu savunanlar da vardı⁵²¹, ama Yargıtay taksitle ödeme hükümlerinin burada uygulanamayacağını belirtiyordu⁵²². Yapılan bu değişiklikle tereddüt giderilmiş, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de taksitle ödeme hükümlerinin uygulanması gerektiği açıklığa kavuşmuştur. Borçlu taksitle ödeme taahhüdünde bulunmak istiyorsa, rehin alacaklısının, rehnedilmiş malın satışını isteyinceye kadar, bu taahhüdünü icra dairesine bildirmesi gerekir. Bu durumda, rehinli malın tahmini değeri borçlunun borcunu karşılamaya yetiyorsa ve m.111, II'de aranan diğer şartlar da varsa, alacaklının rızası aranmadan taksitle ödeme taahhüdünün sonuçları meydana gelecektir⁵²³. Rehinli malın tahmin edilen değeri, borçlunun borcunu karşılamaya yetmiyorsa, borçlu karşılanamayan kısma yetecek miktar için diğer mallarının haczedilmesine rıza gösteriyorsa, yine borçlunun taksitle ödeme taahhüdü icra dairesince uygun bulunmalıdır. Burada şu soru akla gelebilir: Acaba rehinli mal henüz satılmadan borçlunun diğer mallarına haciz konulması 45.madde hükmünün dolanılması anlamına gelir mi? Kanaatimizce bu, 45.maddenin dolanılması anlamına gelmez. Zira burada rehinli mal satılmadan borçlunun diğer mallarına müracaat edilmesi söz konusu değildir. Taksitle ödeme taahhüdünün ihlali durumunda alacaklının yine öncelikle rehinli malı sattırması zorunluluğu devam edecektir. Bunun dışında kanun zaten rehinli malın tahmin edilen değerinin alacağına yetmeyeceğinin anlaşılması durumunda,

⁵¹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.342; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.187; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.77.

⁵¹⁹ Burhan Gürdoğan, Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Ankara 1967, s.43. Kanun yapılırken, mehzada taksitle ödemeye yapılan atıf, bizde unutulmuştur. İsviçre'de taksitle ödemeye ilişkin hükümler rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de geçerlidir. Bizde de aynı esasın kabul edilmemesi için hiçbir sebep yoktur (Ansay, s.182).

⁵²⁰ Postacıoğlu, s.581 dn.24; Berkin, s.389 dn.2; Talih Uyar, İcra Hukukunda Rehnin Paraya Çevrilmesi, Manisa 1992, s.143.

⁵²¹ Ansay, s.182; Gürdoğan, RPC, s.43.

⁵²² “İcra ve İflâs kanununun haciz yoluna mahsus olan 111.maddesinin rehnin paraya çevrilmesi yolile yapılan takipte tatbiki ve bu sebeple icranın tehiri caiz değildir”. (6.5.933: Abdullah Aytemiz, Takip Hukuku ile Alakalı Temyiz Karar ve İçtihatları, Ankara 1944, s.48.

⁵²³ Gürdoğan, RPC, s.43.

alacaklıya geçici rehin açığı belgesi (m.150/f) verilmesini kabul etmiş ve bu belgeye dayanılarak borçlunun rehin dışındaki diğer mallarının haczedilmesi mümkündür.

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, taksitle ödeme taahhüdünün yanında, yine alacaklı ve borçlunun, şartlarını kendilerinin belirleyecekleri taksitle ödeme sözleşmesi yapmaları mümkündür.

Borçlu taksitlerden birini zamanında ödemez ise veya sözleşme şartlarına uygun bir ödeme yapmaz ise, alacaklı, borçlunun hacizli mallarının satışını isteyerek, icra takibine devam edilmesini sağlayabilir. Ancak borçlu taksidi geciktirse bile veya sözleşme şartlarına uygun bir ödeme yapmasa bile alacaklı satışı istemeyebilir. Bu durumda alacaklının, borçlu ile yeni bir sözleşme kurmasına engel olmaması gerekir. Bunun tek sonucu, bu şekilde yapılan sözleşmelerin toplam süreleri on yılı aşarsa, on yılın aşılmasından itibaren duran sürelerin tekrar işlemeye başlaması olacaktır (m.111, III).

III. Mehil Sözleşmesi

Alacaklı ile borçlu, icra takibinin kesinleşmesinden sonraki bir dönemde, borcun ödenmesi için bir mehil sözleşmesi yapmış olabilirler. Böyle bir sözleşmenin varlığı halinde alacaklı, borçluya karşı söz konusu mühlet içinde icra takip işlemlerini yürütmeyecektir.

Mehil sözleşmenin yapılması halinde, icra takip işlemleri mehil içinde yapılamayacağından icra sürecini doğrudan etkileyen bir sözleşme söz konusu olmaktadır. Mehil içinde icra takip işlemlerinin yürütülememesi sebebiyle de burada, icrayı engelleyen bir sözleşmenin varlığı anlaşılmaktadır.

Mehil sözleşmesi yapıldıktan sonra, bu süre içinde alacaklının artık icra takip işlemlerinin yapılmasını talep etmemesi gerekir. Örneğin haciz henüz yapılmamışsa haciz isteyemez. Haciz yapılmışsa, hacizli malların satışını isteyemez. Mehil sözleşmesine rağmen alacaklı, icra takibini devam ettiriyorsa, borçlu icra mahkemesine başvurarak icra takibinin ertelenmesini isteyebilir. İcra takibinin ertelenmesinin istenebilmesi için, icra takibinin kesinleşmesinden sonraki bir dönemde mehil

verildiğinin⁵²⁴, borçlu tarafından imzası noterlikçe onaylı bir belge veya imzası alacaklı tarafından ikrar edilmiş adî bir belge ile ispat edilmesi gerekir (m.71, I).

İcra mahkemesi yapacağı inceleme sonunda, borçluya süre verildiğini tespit ederse, icra takibinin ertelenmesine karar verir. Bu karar ile icra takibi duracaktır. Bu süre içinde icra takip işlemlerinin yapılması mümkün değildir⁵²⁵.

§ 7. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞMELER

A. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞME KAVRAMI

İcrayı genişleten sözleşmelerde, alacaklıya kanun tarafından verilen icra imkanlarının genişletilmesi söz konusudur⁵²⁶. Bu da genellikle borçlunun, kanunda öngörülen koruyucu hükümlerden sözleşmeyle vazgeçmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁵²⁷. Örneğin kanunen haczedilemeyeceği öngörülmüş olan bir malın haczedilmezliğinden borçlunun vazgeçmesi (m.83/a) ya da herhangi bir sürenin geçmesinden istifade hakkı olan borçlunun, bu hakkından vazgeçmesi (m.20) şeklinde görülebilir.

B. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞMELERİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

I. İcrayı Genişleten Sözleşmelerin Geçerliliğini Reddeden Görüş

İcrayı genişleten sözleşmeler, genellikle üzerinde fazlaca da durulmadan geçersiz olarak kabul edilmiştir. İcrayı genişleten sözleşmelerin geçerliliğini kabul etmeyenler genellikle 28.02.1930 tarihli Alman İmparatorluk Mahkemesi kararına dayanmaktadırlar. Bu kararda mahkeme, devlet organlarının yürüttüğü icra takip

⁵²⁴ Eğer icra takibi başlamadan önce veya takip başladıktan sonra ama ödeme emrine itiraz süresi içinde borcun ödenmesi için mehil verilmişse bunun ödeme emrine itiraz süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Böyle bir durumda, icra takibinin ertelenmesi istenemez (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.228). Zira kanunda açıkça icra takibinin kesinleşmesinden sonraki devrede mehil verilmesinden söz edilmiştir (m.71, I).

⁵²⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.230; Belgesay, s.148; Kuru, s.461; Üstündağ, s.158; Kuru, El Kitabı, s.301; Yıldırım, M.K., s.72.

⁵²⁶ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.385; Bohn, s.20; Mette, s.4; Scönke/Baur/Stürner, s.122; Bohn, Diss., s.2-3; Jauernig, s.6; Behr, s.123; Brox/Walker, s.126; Grunsky, s.105; Schuschke, s.72; Blomeyer, s.145; Musielak, s.360; Schönke/Baur, s.29.

işlemlerinin şartlarının ve sınırlarının taraf sözleşmelerine konu olamayacağını, icra takibinin devlet eliyle yürütülen bir faaliyet olması ve bütünüyle kamu hukukuna dahil olması ve bunların kamu düzenini ilgilendiren kurallar olması nedeniyle icra hukuku kuralları üzerinde tarafların tasarrufunun mümkün olmadığını belirtilmektedir. Kanun, alacaklının hangi şartlarda borçluya karşı icra takibi yapılabileceğini düzenlemiştir. Alacaklı ancak bu sınırlar dahilinde hareket edebilir. Alacaklıya kanun tarafından verilen icra yetkilerinin değiştirilmesi mümkün değildir. Özellikle tarafların sözleşmeyle bu kurallara müdahale etmesi, bunları değiştirmesi geçerli değildir. Çünkü bu alan sözleşmeyle değiştirilebilecek bir alan değildir⁵²⁸. Nitekim İmparatorluk Mahkemesi'nin bu kararına dayanılarak, icrayı genişleten sözleşmelerin geçersiz olduğu belirtilmektedir. Çünkü icrayı genişleten sözleşmeler alacaklının kanun tarafından sınırları çizilen icra yetkisini genişletmektedir, bu ise mümkün değildir; kamu düzenine aykırıdır⁵²⁹.

Bazı yazarlar ise sadece icrayı daraltan sözleşmelerin geçerliliğini kabul etmekte, bunun dışında icrayı engelleyen ve genişleten sözleşmeleri geçersiz olarak görmektedir. Buna göre, alacaklının icra imkanlarının sözleşmeyle genişletilmesi mümkün değildir. Alacaklının, yasa tarafından sınırlanan icra yetkilerinin sözleşmeyle genişletilmesi, bir başka anlatımla borçlunun yasa tarafından kendisine sunulan koruyucu hükümlerden vazgeçmesi, kamu düzenine aykırılık teşkil eder⁵³⁰. Aynı zamanda icrayı genişleten sözleşmeler, BGB § 134 hükmüne aykırı olacaktır. Bu hükme göre, kanundan aksi anlaşılmadığı sürece bir hukukî işlem, kanun tarafından öngörülen bir yasağı ihlal ediyorsa, hükümsüzdür. İcroyu genişleten sözleşmeler aynı zamanda BGB § 138'de yer alan ahlâka aykırılık nedeniyle de hükümsüz olacaktır⁵³¹.

İcroyu genişleten sözleşmeler, borçlunun koruyucu hükümlerden vazgeçmesi ve alacaklının icra takibinde kanun tarafından kendisine sunulan sınırların genişletilmesi söz konusu olduğundan geçerli değildir⁵³². İcroyu daraltan sözleşmelerde alacaklıyı koruyan emredici hükümlere aykırılık söz konusu olmaz, buna karşılık icrayı genişleten

⁵²⁷ Wagner, s.749; Brox/Walker, s.126.

⁵²⁸ RGZ 1930/128, s.81 vd.

⁵²⁹ Stürner, s.302; Behr, s.123; Raatz, s.1; Schuschke, s.73; Blomeyer, s.145.

⁵³⁰ Schiedermaier, s.84.

⁵³¹ Roquette, s.160.

⁵³² Jauernig, s.6; Musielak, s.360; Schiedermaier, s.84.

sözleşmeler borçluyu koruyan emredici hükümlere aykırıdır⁵³³. İcrayı genişleten sözleşmeler, alacaklının icra yetkisinin yasal sınırları aşarak genişletilmesi anlamına gelir. Bu ise, icra takibinin şartları ve sınırları konusunda sözleşme yapmak anlamına gelir; oysa tarafların bu alanı sözleşmeyle değiştirmesi mümkün değildir⁵³⁴.

Bu konuda diğer bir görüşe göre, icrayı genişleten sözleşmeler ancak kanunda⁵³⁵ açıkça izin verilen hallerde geçerlidir⁵³⁶.

II. İcrayı Genişleten Sözleşmelerin Geçerliliğini Kabul Eden Görüş

İcrayı genişleten sözleşmelerin geçerliliğini kabul eden görüşü savunanlara göre, Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin yukarıda andığımız kararındaki gerekçeler bu sözleşmelerin geçersiz sayılması için yeterli değildir⁵³⁷. İmparatorluk Mahkemesi'nin bu görüşü kabul edilmiş olsaydı, kanunda açıkça icrayı genişleten sözleşme örneklerini düzenleyen hükümleri açıklamak mümkün olmayacaktı. Bu hükümlerin yok sayılması gerekirdi. Oysa kanunda, alacaklının icra imkanlarını genişletmesi sonucunu doğuran sözleşmelere, örneğin hacizli malın satışının yapılacağı yer ve zamanın sözleşmeyle belirlenebilmesine⁵³⁸ açıkça izin verilmiştir⁵³⁹.

Belirli sınırlar içinde icrayı genişleten sözleşmelere de geçerlilik tanınması gerekir. Buna göre, borçlunun aleyhine olarak alacaklının icra yetkilerini artıran, icrayı genişleten sözleşmeler, ancak borçlunun, sözleşmeyle vazgeçtiği icra haklarının vazgeçilebilir olması durumunda geçerli olacaktır⁵⁴⁰. Bu noktada borçlunun koruyucu hükümlerden hangi durumlarda vazgeçebileceği akla gelmektedir. Öncelikle borçluyu koruyucu hükümlerin farklı niteliklerde olduğunu belirtmek gerekir. Bunlardan bazıları sadece borçlunun menfaatlerini korumak amacıyla öngörülmüşken, bazı durumlarda koruyucu hükümler sadece borçlunun menfaatlerini değil, borçlu dışında bazı kişilerin menfaatlerini de, özellikle borçlunun ailesini, korumaya yöneliktir ve kamu düzenine

⁵³³ Blomeyer, s.145.

⁵³⁴ Bohn, s.20.

⁵³⁵ Örneğin ZPO § § 816/1, 825.

⁵³⁶ Scönke/Baur/Stürner, s.122; Brox/Walker, s.128; Schönke/Baur, s.30.

⁵³⁷ Wagner, s.755; Mette, s.26; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.385.

⁵³⁸ ZPO § 816/1-2.

⁵³⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.385; Wagner, s.755.

⁵⁴⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.385; Scherf, s.62.

ilişkindir⁵⁴¹. Bu durumda borçlunun vazgeçmesinin sadece kendisini mi etkilediği, yoksa bunun yanında başkalarının, özellikle de aile fertlerinin, menfaatlerini de etkileyip etkilemediğine dikkat edilmesi gerekir. Buna göre, borçlunun vazgeçmesinin kendisinin menfaatlerinden başka menfaatleri ilgilendirmesi ve en önemlisi de bu vazgeçmenin kamu düzenine aykırı olması durumunda, borçlunun vazgeçmesi geçersiz olacaktır. Ancak sadece borçlunun menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda, borçlunun bundan sözleşmeyle veya tek taraflı olarak vazgeçmesi, mutlak olmasa dahi kural olarak, mümkün olmalıdır⁵⁴².

İcrayı genişleten sözleşmeleri kabul etmeyen görüş kendi içinde çelişkiye düşmektedir. Zira doktrinde genellikle kabul edildiği üzere, borçlu haciz sırasında veya hacizden sonra kanunda öngörülen ve kendisini korumak amacıyla getirilen haczedilmezlikten feragat edebilir⁵⁴³. Haczedilmezlikten feragat edilebilmesine rağmen, icrayı genişleten sözleşmelerin genel olarak tamamen reddedilmesi bir çelişki anlamına gelmektedir⁵⁴⁴.

Yapılan açıklamalardan görüleceği üzere, icrayı genişleten sözleşmeleri bütün olarak geçersiz saymak mümkün değildir. İcrayı genişleten sözleşmeleri bazı durumlarda geçerli saymak gerekir. Ancak icrayı genişleten sözleşmeler diğer sözleşme türlerine oranla daha sınırlı olmalıdır⁵⁴⁵.

Sonuç olarak koruyucu hükümlerden hiçbir şekilde vazgeçilemeyeceği söylenemez. Çünkü bu hükümlerin getirilmesinde kamusal menfaatlerin yanında bireysel menfaatler ön plandadır⁵⁴⁶. Ancak koruyucu hükümlerden önceden vazgeçilmesi geçerli değildir⁵⁴⁷. Koruyucu hükümlerden önceden vazgeçilmesi koruyucu hükümlerin getirilmesindeki kamusal menfaate aykırı olacaktır. Çünkü burada hem insan onurunun korunması hem de sosyal politika nedeniyle getirilen koruyucu

⁵⁴¹ Emmerich, s.423.

⁵⁴² Emmerich, s.424.

⁵⁴³ Jauernig, s.145; Schref, s.82; Mohrbutter/Mohrbutter, s.167.

⁵⁴⁴ Emmerich, s.423.

⁵⁴⁵ Grunsky, s.105; Emmerich, s.427.

⁵⁴⁶ Futterer, s.267.

⁵⁴⁷ Lüke, W., s.423; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.386; Jauernig, s.145; Scönke/Baur/Stürner, s.122; Mohrbutter/Mohrbutter, s.166.

hükümler söz konusudur⁵⁴⁸. Bu hükümlerden önceden vazgeçilmesi, özellikle genel işlem şartları içinde bunun kötüye kullanılmasına sebep olabilir⁵⁴⁹. Ancak, bazen de koruyucu hükümlerden vazgeçilmesinde kişinin menfaati olabilir⁵⁵⁰.

Ancak icra takibinin yapılması bakımından gerekli şartların (icra edilebilirlik şartlarının) kural olarak sözleşmeyle değiştirilememesi gerekir. Örneğin ilamlı icra yoluna başvurulabilmesi için alacaklının elinde ilam veya ilam niteliğindeki belgelerden birisinin olması gerekir. İlamlı icraya başvurulması gereken bir durumda, taraflar alacaklının elinde ilam veya ilam niteliğindeki belgelerden birisi olmasa dahi ilamlı icraya başvurulabileceğini kararlaştıramazlar. Çünkü ilamlı icrada ilam veya ilam niteliğindeki belge olmazsa olmaz şartlardan birisidir. Bu şartın sözleşmeyle ortadan kaldırılması mümkün değildir⁵⁵¹.

III. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

İcrayı genişleten sözleşmeleri reddeden görüşü savunanların temel dayanak noktası kamu düzenine aykırılıktır. Bu gerekçeleştirme, yukarıda belirttiğimiz, Alman İmparatorluk Mahkemesi kararına dayandırılmaktadır. Mahkemenin kararından, borçluyu korumak amacıyla getirilen hükümlerin, sadece borçlunun bireysel çıkarlarını korumak için değil, aynı zamanda kamusal çıkarları korumak için de getirildiği sonucuna varılmaktadır⁵⁵². Ancak, mahkemenin yapmış olduğu bu gerekçeleştirmeleri bütünüyle tatmin edici bulmak mümkün değildir⁵⁵³. Bir başka anlatımla mahkemenin bu gerekçeleri nedeniyle icrayı genişleten sözleşmeleri tamamen geçersiz kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Kanunda sadece borçlu ve ailesi değil, bazı durumlarda üçüncü kişiler de korunmuştur. Bu konuyla ilgili olarak İİK m.45’de düzenlenen öncelikle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğunu örnek verebiliriz. Bu hükümle borçlunun diğer alacaklılarını korumak amacıyla, borçlunun rehinli alacaklısına öncelikle rehlin

⁵⁴⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.386; Geissler, s.282.

⁵⁴⁹ Jauernig, s.145; Mohrbutter/Mohrbutter, s.166.

⁵⁵⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.387.

⁵⁵¹ Schiedermaier, s.84; Emmerich, s.424; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.386; Schönke/Baur, s.30; Lüke, W., s.422.

⁵⁵² Schug, s.33.

⁵⁵³ Mette, s.26.

paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğu getirilmiştir. Bu konuyu aşağıda inceleyeceğiz⁵⁵⁴.

Bu noktada, bunların detayına girmeden, sadece söz konusu hükümlerde borçlunun menfaatinin yanında, borçlunun ailesinin, bazı durumlarda da borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkiye tamamen yabancı konumda olan, ama bir şekilde, dolaylı olarak bu ilişkiden etkilenen kişilerin korunmasının söz konusu olduğuna işaret etmemiz gerekmektedir.

Borçluyu korumaya yönelik getirilen hükümlerin sadece borçlunun menfaatlerini değil, kamusal menfaatleri de korumak amacıyla getirildiğini mutlak olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu hükümler, öncelikle borçluyu ve borçlunun aile bireylerini korumaya yönelik olarak öngörülmüştür. Bir genelleme yapılarak, borçlunun, koruyucu hükümlerden vazgeçemeyeceğinin kabul edilmesi, bazen borçlunun aleyhine durumlar oluşturması, onun ekonomik olarak daha zor duruma düşmesine de neden olabilir⁵⁵⁵. Zira kanun koyucu genel hükümler koymaktadır. Buna karşılık somut olayda, bu hükümden vazgeçilmesi o kişinin icra takibinde daha iyi bir konuma kavuşmasını sağlayabilir. Borçlu belki kendisi için daha gerekli ama haczedilebilir bir eşyasını hacizden kurtarmak için haczedilemeyen bir eşyasını feda edebilir. Böyle bir durumda borçluya bunu yapma imkanı verilmezse, borçlunun korunması değil, borçluya zarar verilmesi söz konusu olabilecektir. Nitekim kanunumuz haczedilemeyen mallar konusunda mutlak bir yasaklama getirmemiştir. Kanunumuza göre, “82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir” (m.83/a). Bu maddeye göre hacizden önceki bir zamanda haczedilmezlikten feragat geçerli değildir.

Kanunumuzun 83/a maddesinde yer alan ve alacaklı ile borçlu arasındaki haczedilemeyen bir malın önceden haczedilebileceğini öngören sözleşmeleri geçersiz sayan hükmü, bu konuda yapılan bütün sözleşmeleri değil, sadece hacizden önceki bir dönemde yapılan sözleşmeleri geçersiz saymıştır. Kanunun bu ifadesinden, haciz sırasında veya hacizden sonraki bir dönemde borçlunun, haczedilmezlikten feragat edebileceği kabul edilmektedir⁵⁵⁶. Burada da yine alacaklının kanunen kendisine

⁵⁵⁴ Bkz. aşa. § 7-C-V.

⁵⁵⁵ Emmerich, s.424.

⁵⁵⁶ Postacıoğlu, s.335; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.305; Üstündağ, s.229; Berkin, s.221; Muşul, s.600.

sunulmuş olan icra imkanlarının daha iyi bir duruma getirilmesi ve borçlunun da kanun tarafından kendisine sunulmuş koruyucu bir hükümden vazgeçmesi söz konusu olduğu için, icrayı genişleten sözleşmeden söz edilecektir.

Bütün bu nedenlerle icrayı genişleten sözleşmeleri, genelleme yaparak tamamen geçersiz kabul etmenin mümkün olmadığı kanısındayız. Ancak icrayı genişleten sözleşmelerde, diğer sözleşme türlerine kıyasla daha dar bir yaklaşım olmalıdır. Çünkü burada icrayı genişleten sözleşme, alacaklıya göre daha zor bir konumda olan borçlunun durumunun ağırlaşmasına sebebiyet verebilir. Ancak buna rağmen, herhangi bir inceleme yapmadan, bir genelleme yaparak icrayı genişleten sözleşmelerin tümünü geçersiz kabul etmenin mümkün olmadığı kanısındayız. Nitekim kanunumuz incelendiğinde, bazı durumlarda alacaklının icra imkanlarının genişletilmesine izin verildiği görülmektedir. Örneğin takibin yapılacağı yetkili icra dairesinin belirlenmesi konusunda İİK, HUMK'nun yetkiye dair hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanacağını öngörmüştür (m.50, I). Bundan hareketle, tarafların icra dairesinin yetkisine ilişkin olarak yetki sözleşmesi yapabilecekleri anlaşılmaktadır⁵⁵⁷ (m.50, I, HUMK m.22). Yapılan yetki sözleşmesi alacaklının icra imkanlarını genişletmektedir. Zira alacaklıya, kanunen yetkili olmayan bir icra dairesinde, takip yapma imkanı verilmektedir. Dolayısıyla yetki sözleşmesi, icrayı genişleten sözleşmelerdendir.

Yukarıda vermiş olduğumuz örneklerden de görülebileceği üzere, bazen kanun açıkça taraflara icrayı genişleten sözleşme yapma imkanı vermiştir. Bu nedenle icrayı genişleten sözleşmelerin, tamamen reddedilmemesi ve yapılacak incelemeden sonra bunların geçerli olup olmadığına karar verilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Buna karşılık, icra takibinin temel kurallarına veya emredici kurallarına aykırı olacak şekilde icrayı genişleten sözleşmeler yapmak mümkün değildir. Örneğin borçluya ödeme emri gönderilmeden borçlunun mallarının haczedilebileceğine, haczedilen malların o günkü değer üzerinden alacaklının alacağı için mahsup edileceğine⁵⁵⁸ veya borçlunun haczedilen malının mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine⁵⁵⁹, ilamlı icra takibi yapılması gereken hallerde alacaklının elinde ilam veya ilam

⁵⁵⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.121.

⁵⁵⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.385.

⁵⁵⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.385.

niteliğinde sayılan belgelerden birisi olmadan ilamlı icra takibi yapabileceğine ilişkin sözleşmeler geçersiz olacaktır. Zira bu tür sözleşmeler icra hukukunun temel ilkelerine aykırı düşmektedir⁵⁶⁰. Bu aynı zamanda kanunun emredici hükmüne aykırılık teşkil etmesi nedeniyle geçersiz olacaktır.

C. İCRAYI GENİŞLETEN SÖZLEŞME ÖRNEKLERİ

I. Yetki Sözleşmesi

İlamsız icradaki yetki ile ilgili hükümler İcra ve İflâs Kanunu'nda ayrıca düzenlenmemiştir. Bu konuda HUMK'na genel bir atıf yapılarak, oradaki yetki kurallarının ilamsız icrada da uygulanacağı belirtilmiştir. Yapılan bu genel atıftan dolayı HUMK'daki yetki hükümlerinin (HUMK m.9-27), bu bağlamda yetki sözleşmesine ilişkin hükmün de, ilamsız icra takibinde uygulanacağı görülmektedir. Buna göre, taraflar, yapacakları yetki sözleşmesi ile yetkili olmayan bir icra dairesini yetkili kılabilirler⁵⁶¹. İcra dairesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin değildir⁵⁶² ve kesin bir yetki kuralı da söz konusu değildir. Bundan dolayı yetki sözleşmesi yapılması mümkündür⁵⁶³.

Kanun koyucu yetki kurallarını belirlerken somut olayda ortaya çıkabilecek ihtiyaçları da dikkate alarak, genel bir yetki kuralı (HUMK m.9) koyarken, bunun yanında özel yetki kuralları da (HUMK m.10, 11, m.12) öngörmüştür. Kanundaki bu düzenlemelere rağmen somut olayda bir başka yerdeki mahkemenin (veya icra dairesinin) yetkili kılınması her iki tarafın veya taraflardan birinin menfaatine olabilir⁵⁶⁴. Bundan dolayı kanun tarafından belirlenen yetki kurallarının yanında, somut olayda

⁵⁶⁰ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.386.

⁵⁶¹ “Yetkiye ilişkin olarak yapılan sözleşme geçerlidir. 5.8.1991 tarihli sözleşmede Antakya İcra Dairesi yetkili kılınmıştır. Alacaklının bu sözleşmeye dayanarak Antakya İcra Dairesinde takip yapmasında usule aykırı bir yön bulunmamaktadır. Yetki itirazı reddedilerek diğer itirazlar incelenmelidir” 12.HD 10.2.1992, 1991/13568/1126: Talih Uyar, Gerekeçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu C:I, İzmir 1996, s.846).

⁵⁶² Baki Kuru, İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz (Yetki İtirazı), İBD 1986/4-6, s.424; Saim Üstündağ, İlamsız İcrada İcra Dairesinin Yetkisine İtiraz, İBD 1986/10-12, s.614; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.121; Üstündağ, s.100; Kuru, s.178; Yıldırım, M.K., s.30; Talih Uyar, İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi Belirleyen Kurallar, ABD 1981/4, s.675; Gazi Baş, İlamsız Takiplerde Yetkili İcra Dairesi (İ.İ.K.nun 50.Md), AD 1987/6, s.33.

⁵⁶³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.121; Üstündağ, s.100; Kuru, s.178; Yıldırım, M.K., s.30; Uyar, Yetki, s.675; Baş, s.33.

⁵⁶⁴ Saim Üstündağ, Medenî Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, İÜHF 1962/1-4, s.311.

tarafların iradelerine de etki alanı tanınarak, taraflara kanunen belirlenen yetki kurallarından ayrılma imkanı verilmiştir (HUMK m.22).

Mehaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda kural olarak takibin borçlunun yerleşim yerinde başlatılması esası getirilmiştir (SchKG m.46, I). Bu hüküm borçluyu korumanın yanında takiple ilgili olan üçüncü kişileri de korumayı amaçlamaktadır⁵⁶⁵. İsviçre Hukuku'nda icra dairesinin yetkisini düzenleyen hükümlerin kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bundan dolayı mahkemelerin yetkisini düzenleyen hükümlerden farklı olarak icra dairesinin yetkisine ilişkin hükümlerin tarafların yapacağı yetki sözleşmesiyle değiştirilemeyeceği benimsenmiştir. Buna aykırı şekilde icra takibi yürütülmesi durumunda, bunun süresiz şikayete konu olabileceği, aynı zamanda yetkisizliğini fark eden icra müdürünün de icra takip işlemlerini yürütmeyi reddetmesi gerektiğine işaret edilmiştir⁵⁶⁶. Ancak bu konuda görüş birliği yoktur. Yetkisiz icra dairesinde başlatılan takibin mutlak olarak hükümsüz olmadığı, bunun ancak şikayet süresi içinde ileri sürülebileceği de, bir başka görüş olarak ortaya konulmuştur. Ancak buna rağmen bu hükmün emredici olduğu belirtilmiş ve icra müdürünün sadece alacaklının beyanıyla yetinmeyip kendi yetkisini resen araştırması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶⁷.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 50.maddesinin yapmış olduğu atıf gereği icra dairesinin yetkisini belirleyen sözleşmelere de HUMK'ndaki esaslar uygulanacaktır. Buna göre, icra hukukundaki yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları şunlardır:

Yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan icra dairesinin belirli olması gerekir. Yetkili kılınan icra dairesi açıkça gösterilmelidir. Alacaklıya dilediği icra dairesinde takip yapma yetkisi veren yetki sözleşmesi geçersizdir⁵⁶⁸.

İcra dairesinin belirli olması gerektiği gibi, aynı şekilde yetki sözleşmesi, belirli bir icra takibi veya belirli icra takiplerine ilişkin olmalıdır. Takip belirli olmak şartıyla birden fazla takip için de yetki sözleşmesi yapılabilir. Taraflar arasında çıkacak

⁵⁶⁵ Fritsche/Walder, s.104.

⁵⁶⁶ Fritsche/Walder, s.104, 105.

⁵⁶⁷ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, s.195.

⁵⁶⁸ Kuru, s.179; Uyar, Yetki, s.676; Baş, s.33; Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü C:I, İstanbul 2001, s.563; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.196; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.114; Üstündağ, Yargılama, s.217; Postacıoğlu, Usul, s.161; Pekcantez/Atalay/Özeker, Usul, s.98.

bütün uyuşmazlıklarda, icra takibi yoluna müracaat edilmesi durumunda, örneğin Ankara icra dairelerinin, yetkili olduğunu öngören yetki sözleşmeleri geçersizdir⁵⁶⁹.

Yetki sözleşmesiyle birden fazla icra dairesinin yetkili hale getirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, kanun taraflara yetki sözleşmesi yapma imkanı vermiştir. Bu nedenle, tarafların sözleşmeyle birden fazla mahkemeyi veya icra dairesini yetkili kılmaları mümkündür⁵⁷⁰. Yargıtay da belirli olmak şartıyla birden fazla mahkemenin veya icra dairesinin yetkili kılınabileceğini kabul etmektedir⁵⁷¹.

Diğer görüşe göre ise, tarafların sözleşmeyle birden fazla mahkemeyi (veya icra dairesini) yetkili kılmaları mümkün değildir. Çünkü yetki sözleşmesiyle, esasen sözleşmenin güçlü tarafının, güçsüz tarafına yetkisiz bir mahkemeyi (veya icra dairesini) yetkili olarak kabul ettirmesi söz konusudur. Dolayısıyla genellikle bu sözleşme güçlü konumda olanın istediği yerde dava açabilmesi (veya takip başlatabilmesi) sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle pek çok ülkede yetki sözleşmesi yapma serbestisi sınırlandırılmış ve sadece tacirler arasında geçerli kabul edilmiştir⁵⁷². Alman hukukunda yetki sözleşmesini düzenleyen hükümlerde öyle değişiklikler yapılmıştır ki, kanunda yazılı olmamakla beraber adeta yetki sözleşmesi yasağı kanuna dahil edilmiştir⁵⁷³. Bundan dolayı söz konusu maddenin dar yorumlanması ve taraflara sadece bir mahkemeyi (veya icra dairesini) yetkili olarak kararlaştırabilmeleri imkanı verilmelidir⁵⁷⁴. Ayrıca yetki sözleşmesini düzenleyen HUMK m.22'de mahkemelerden değil, sadece tekil olarak mahkemeden söz edilmektedir⁵⁷⁵.

Kanaatimizce de tarafların yetki sözleşmesiyle sadece bir icra dairesinin yetkili olduğunu kararlaştırabilmeleri gerekir. Zira icra takibinde borçlu, alacaklıya oranla ekonomik olarak daha zor ve zayıf konumda olan kişidir. Sözleşmenin kurulması sırasında borçlu, bir çok defa kendisi için yetki sözleşmesinin doğuracağı ağır sonuçları

⁵⁶⁹ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.114; Baş, s.33; Kuru, s.179; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.196; Kuru, Usul, s.561; Üstündağ, Yargılama, s.217; Postacıoğlu, Usul, s.161; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.98.

⁵⁷⁰ Üstündağ, Yargılama, s.217; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.115; Postacıoğlu, Usul, 161.

⁵⁷¹ 11.HD, 4.4.1974 1307/1158: YKD 1975/10, s.63.

⁵⁷² Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.99; Kuru, Usul, 557.

⁵⁷³ Üstündağ, Yargılama, s.212.

⁵⁷⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.99.

⁵⁷⁵ Kuru, Usul, s.363.

düşünmeden bunu kabul edebilecektir. Bu nedenle en azından bir icra dairesinin yetkili olarak belirlenebilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Bu konuda, kanundaki ifadenin mahkemeler değil de mahkeme olmasından hareket etmenin yanlış olacağı belirtilmiştir. Yasal imkanların bir menfaat olmaksızın lafzi yorumlarla kısıtlanması anlamına gelen bu değerlendirmenin yanlış olacağı şeklinde eleştirilmiştir⁵⁷⁶. Bu eleştiride haklılık payı olmadığı söylenemez. Sadece lafzi olarak yapılacak yorum yanlış sonuçlara götürebilir. Ancak yine de yukarıda da belirttiğimiz menfaatler dengesi açısından bu maddeyi dar yorumlamanın yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Uyar ise, konuya ilişkin olarak, alacaklı ve borçlunun kendi yerleşim yerlerinin bulunduğu yerdeki icra dairelerinin birbirlerine karşı yapacakları takipler (ve açacakları davalar) için yetkili olacağını karşılıklı olarak kararlaştırmalarının pratik ihtiyaçlara uygun olması nedeniyle geçerli sayılması gerektiği görüşündedir⁵⁷⁷. Esasen bu görüş de çoğu zaman tarafların birden fazla icra dairesini yetkili kılamamaları sonucunu doğurmaktadır. Çünkü ilamsız icrada genellikle bir para borcu söz konusu olacaktır. Para borçlarında ise, yetki sözleşmesine gerek kalmaksızın her iki tarafın yerleşim yerinin bulunduğu icra dairesi çoğu zaman zaten kanunen yetkili olacaktır. HUMK m.9, I c.1 gereğince takibin başlatıldığı tarihte borçlunun yerleşim yeri icra dairesinde takip başlatılabilecektir. Ayrıca sözleşmeden doğan borçlarda, borcun ifa yeri icra dairesi de yetkilidir (HUMK m.10). İfa yeri taraflarca belirlenmemişse BK m.73'e göre para borçları götürülecek borçlardan olması nedeniyle alacaklının yerleşim yeri icra dairesi de takip için yetkili olacaktır.

Acaba tarafların yetki sözleşmesiyle münhasır yetkili bir icra dairesi tespit etmeleri ya da bir icra dairesinin kendi takipleri için yetkisiz olacağı şeklinde sözleşme (olumsuz yetki sözleşmesi) yapmaları mümkün müdür? Bu konuda görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, taraflar yetki sözleşmesiyle münhasır yetkili bir mahkeme (bu bağlamda icra dairesi de) belirleyebilirler ve bu geçerli bir yetki sözleşmesidir. Çünkü kanun bu konuda taraflara sözleşme serbestisi vermiştir. Dolayısıyla taraflar sözleşmeyle bir veya birden fazla mahkemeyi (veya icra dairesini) yetkili kılabilecekleri gibi, kanunen yetkili olan mahkemelerin (veya icra dairelerinin) yetkisini kaldırarak

⁵⁷⁶ Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.115.

⁵⁷⁷ Uyar, Yetki, s.676.

münhasıran tek mahkemeyi de yetkili kılabilirler. Taraflar, aynı zamanda bir mahkemenin (veya icra dairesinin) yetkisini kaldıracak şekilde olumsuz yetki sözleşmesi de yapabilirler⁵⁷⁸.

Bunu kabul etmeyen görüşe göre, bir mahkemenin (veya icra dairesinin) belirli bir davaya bakamayacağı şeklinde olumsuz yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Çünkü bu şekilde yapılan olumsuz yetki sözleşmesi kanunen yetkili mahkemelere veya icra dairelerine güvensizlik anlamına gelir ve bu nedenle kamu düzenine aykırı düşer⁵⁷⁹. Bunun yanında yetki sözleşmesi belirli bir uyuşmazlık için sadece yeni bir icra dairesinin yetkili olmasını öngörebilir. Kanunen yetkili olan icra dairesi veya dairelerinin yetkileri kaldırılamaz⁵⁸⁰.

Yargıtay da yetki sözleşmesiyle kanunen yetkili olan icra dairelerinin yetkisinin ortadan kaldırılamayacağı görüşündedir. Bu durumda alacaklı, yetki sözleşmesine rağmen kanunen yetkili icra dairelerinin birinde icra takibini başlatabilir⁵⁸¹.

Postacıoğlu ise farklı bir yol izleyerek, davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini kaldıran sözleşmelerin belirli bir mahkemeye karşı güvensizlik ifade edeceği ve bu nedenle kamu düzenine aykırı olacağı için hükümsüz kabul etmiştir. Buna karşılık özel yetki kurallarının sözleşmeyle bertaraf edilmesini mümkün görmektedir⁵⁸². Ancak bu görüş çelişkili olması nedeniyle eleştirilmiştir. Bu görüş, “davalının yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisini kaldıran yetki sözleşmesi mahkemeye karşı güvensizlik ifade ediyor da, özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldıran yetki sözleşmesi niçin bu mahkemelere karşı güvensizlik anlamına gelmiyor?” şeklinde haklı olarak eleştiriye maruz kalmıştır⁵⁸³.

⁵⁷⁸ Üstündağ, Yargılama, s.217.

⁵⁷⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.197; Kuru, Usul, s.364.

⁵⁸⁰ Kuru, s.179.

⁵⁸¹ “İİK’nun 50. ve HUMK’nun 9.maddeleri uyarınca genel yetkili yer borçlunun ikametgahındaki icra daireleri ve mahkemeleridir. Taraflar arasındaki özel yetki sözleşmesi bu genel kuralı ortadan kaldıramaz. Bu nedenle borçlunun ikametgahı olan Bornova’da takip yapılmasında yasaya aykırı bir durum yoktur. Aksi düşünce ile yazılı şekilde karar tesisi isabetsizdir” (12.HD 8.7.1993, 8384/12308: Uyar, İİK C:I, s.838, 839).

⁵⁸² Postacıoğlu, Usul, s.162.

⁵⁸³ Üstündağ, Yargılama, s.217, dn121.

Az önce belirtmiş olduğumuz şekilde, burada da zayıf konumda olan borçlunun korunması amacıyla münhasır yetkili icra dairesi belirleyen ve kanunen yetkili olan icra dairesinin yetkisini kaldıran yetki sözleşmeleri yapmanın mümkün olmadığını düşünüyoruz. Böyle bir yetki sözleşmesi yapılmış olsa bile kanunen yetkili icra dairesinin yetkisi devam edecektir.

Yetki sözleşmesi yazılı şekle tabidir. Yetki sözleşmesinin adı yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁵⁸⁴. Tarafların yaptığı esas sözleşme resmi şekle tabî olsa bile yetki sözleşmesinin adı yazılı şekilde yapılması yeterlidir. Buna karşılık esas sözleşme yazılı şekle tabi olmasa bile yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır⁵⁸⁵.

Yazılı şekil yetki sözleşmesi için geçerlilik şartıdır⁵⁸⁶. Yazılı şekilde yapılmayan yetki sözleşmesi geçerli değildir, bu sözleşmenin varlığı başka bir delille ispat edilemez⁵⁸⁷. Ancak borçlu, alacaklının takibi başlattığı icra dairesinin yetkisine itiraz etmezse zımnî bir yetki sözleşmesi yapılmış sayılır⁵⁸⁸.

İlamlı icrada ise, yetki sözleşmesi yapmaya gerek yoktur. Çünkü ilamlı icraya başvurabilecek alacaklı, Türkiye'deki herhangi bir yer icra dairesine başvurma hakkına sahiptir (m.34).

II. Hazedilmezlikten Feragat

İİK m.83/a'ya göre, "82 ve 83 üncü maddelerde yazılı mal ve hakların haczolunabileceğine dair önceden yapılan anlaşmalar muteber değildir". Bu hükmün getirilmesinde iki sebep vardır; birinci sebep borçluyu ve ailesini korumaya yöneliktir. Çünkü borçlu, hacizden önceki bir dönemde böyle bir feragatin sonuçlarını ve kendisine getireceği yükü tahmin edemeyebilir⁵⁸⁹. Aynı zamanda bunun farkına varsa bile, o andaki zor durumu (örneğin kredi almak zorunda olması) nedeniyle, ilerideki bu tehlikeyi göz ardı edebilir. İkinci sebep ise, bir malın hazedilip hazedilemeyeceğine, ancak borçlunun haciz anındaki durumu dikkate alınarak karar verilebilmesidir⁵⁹⁰.

⁵⁸⁴ Postacıoğlu, Usul, s.160; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.195; Kuru, Usul, s.558; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.98; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.114; Üstündağ, Yargılama, s.212.

⁵⁸⁵ Kuru, Usul, s.558.

⁵⁸⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.98; Kuru, s.179; Kuru, Usul, s.359 .

⁵⁸⁷ Kuru, Usul, s.359.

⁵⁸⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.98; Kuru, Usul, s.359.

⁵⁸⁹ Postacıoğlu, s.335; Üstündağ, s.229; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.305; Berkin, s.221; Muşul, s.599.

⁵⁹⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.305; Berkin, s.221.

Alman hukuk doktrininde haczedilmezlikten feragatin geçerli olup olmadığı konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe⁵⁹¹ göre, borçlu aleyhine yürütülen icra takibi onun ve ailesinin ekonomik varlığının sona ermesi sonucunu doğuramaz; haczedilmezliğe ilişkin hükümler de borçlu ve ailesini korumak amacıyla öngörüldüğünden, tarafların bu konuda sözleşme yapmaları mümkün değildir. Bu hükümler kamu düzenine ilişkindir; bu nedenle haczedilmezlikten vazgeçilmesi hiçbir zaman söz konusu olamaz. Bunun tek taraflı veya iki taraflı olması ya da hacizden önce veya sonra yahut haciz sırasında olması önemli değildir. Bu şekilde yapılan sözleşme herhangi bir hukukî sonuç doğurmaz⁵⁹².

Diğer görüşe⁵⁹³ göre ise, borçlunun hacizden önceki bir zamanda haczedilmezlikten feragat etmesi geçerli olmasa bile, borçlu haciz sırasında veya hacizden sonraki bir zamanda haczedilmezlikten feragat edebilir. Çünkü icra müdürü haczi geçerli olmayan bir malı haczetse ve borçlu da şikayet yoluna başvurmasa, bu durumda yapılan haciz ve buna dayanılarak yapılan satış geçerli olacaktır. Aynı zamanda borçlunun haczedilemeyen mal üzerindeki tasarrufu bu şekilde sınırlandırılmamalıdır⁵⁹⁴. Böyle bir durumda vazgeçme geçerli olacaktır. Zira borçlu haczedilemeyen malı üzerinde serbestçe tasarruf edebilir⁵⁹⁵, bu malı hukukî bir işlemle alacaklıya rehnedebilir⁵⁹⁶. Bu hükmün borçluyu korumak amacıyla getirilmiş olması, bunun aksine sözleşme yapılamayacağı anlamına gelmez. Ancak borçlunun haczedilmezlikten vazgeçmesi açıkça olmalıdır⁵⁹⁷.

Türk hukuk doktrininde ise konuya ilişkin görüş birliğinin olduğu söylenebilir. Buna göre, borçlu haczi caiz olmayan bir malın haczine, haczin yapıldığı sırada açıkça muvafakat edebileceği gibi, haczi caiz olmayan bir malı haczedildikten sonra, şikayet

⁵⁹¹ Roquette, s.160; Lackmann, s.41; Schiedermaier, s.84; Brox/Walker, s.190; Wilhelm Noack, Allgemeine Grundsätze des Schuldnerschutzes nach § 811 ZPO, Hinweise für seine Anwendung in der Praxis des Gerichtsvollziehers, DGVZ 1969/8-9, s.114.

⁵⁹² Schiedermaier, s.85.

⁵⁹³ Jauernig, s.145; Schuschke, s.95; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.387, 388; Blomeyer, s.188; Schönke/Baur, s.30; Lüke, W., s.452; Wagner, 763.

⁵⁹⁴ Lüke, W., s.452.

⁵⁹⁵ Jauernig, s.145.

⁵⁹⁶ Blomeyer, s.188; Jauernig, s.145.

⁵⁹⁷ Wagner, s.759; Emmerich, s.426.

yoluna başvurmayarak buna zımnen rıza da gösterebilir⁵⁹⁸. Çünkü bu durumda artık borçlu, söz konusu malın haczedilmesi durumunda o malın haczinin meydana getireceği sonuçları görebilecek durumdadır. Dolayısıyla, yapılan bu haczin geçerliliğini kabul etmek gerekir⁵⁹⁹. Artık burada borçlunun kural olarak, ek bir korumaya ihtiyacı yoktur.

Borçlunun açık muvafakati ya da şikayet etmemek suretiyle zımni muvafakati yanında, haczi caiz olmayan malın haczedilmesinden sonra, alacaklı ve borçlunun bir sözleşme yaparak mal üzerindeki haczi devam ettirmeleri mümkündür. Bu şekilde yapılan sözleşmenin pratik önemi sözleşmenin karşılıklı olması durumunda önem kazanacaktır. Bu şekilde yapılan sözleşmeyle borçlu, alacaklının yüklendiği edimi güvence altına almış ve sözleşmeyi ispat bakımından kolaylık sağlamış olacaktır.

Ancak borçlunun haczedilmezlikten feragati her zaman geçerli olacak mıdır? Borçlunun bazı mallarının haczedilmezliği kabul edilirken sadece borçluyu koruma amacı değil, aynı zamanda borçlunun ailesini de koruma amacı vardır⁶⁰⁰. Örneğin 82.maddede sayılan borçlu ve ailesine lüzumlu olan yatak takımları ve ibadete mahsus kitap ve eşyası (b.2), vazgeçilmesi mümkün olmayan mutfak takımı ve pek lüzumlu ev eşyası (b.3), borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklentisi ve ziraat aletleri (b.4), borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları (b.5), borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacaklarının (b.6), borçlunun haline münasip evinin (b.12) haczedilemeyeceğine ilişkin hükümler sadece borçluyu korumaya yönelik olmayıp, borçlunun yanında ailesini de korumaya yönelik hükümlerdir.

Saymış olduğumuz durumlarda acaba sadece borçlunun haczedilmezlikten feragat etmesi ile bu malların haczedilebileceğinin kabul edilmesi mümkün olabilir mi?

Gerek uluslararası temel insan hakları belgelerinde gerekse Anayasa'mızda, herkesin insan onuruna yakışır şekilde yaşama hakkının olduğu ve maddî-manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir. Aynı zamanda bu belgelerde, ailenin, özellikle de anne ve çocukların korunması için devletin gerekli önlemleri alması gereğine işaret edilmektedir. Bu bağlamda şunlar zikredilebilir:

⁵⁹⁸ Postacıoğlu, s.336; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.305; Üstündağ, s.229.

⁵⁹⁹ Üstündağ, s.229; Postacıoğlu, s.336.

⁶⁰⁰ Berkin, s.221; Noack, s.113; Jauernig, s.145.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 3.maddesi “Yaşamak, hürriyet ve kişi emniyeti her ferdin hakkıdır.”, m.16/3 “Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur; cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir.”, m.25/1 “Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkanlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.”. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme m.1 “Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır.”. Ayrıca Avrupa Sosyal Şartı'na göre, sözleşmenin tarafı devletler, uygun tüm yolları izleyerek, toplumun temel birimi olarak ailenin, tam gelişmesini temin edecek gerekli toplumsal, yasal ve ekonomik korunma hakkına ilişkin koşulları hazırlamayı bir amaç olarak kabul ederler (m.16). Aynı şekilde, Anayasa'mızda da buna benzer hükümler yer almaktadır. Anayasa m.17, I'e göre, “Herkes, yaşama, maddî ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”, m.41, II “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ... için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar”. Anayasa'mızda bu hükümler yer almamış olsaydı dahi, Anayasa'nın 90. maddesi gereği, usulüne göre yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğu için ve yukarıda söz ettiğimiz uluslar arası metinler Türkiye tarafından kabul edildiği ve usulüne göre yürürlüğe konulduğu için, bunlar Türk Hukuku'nda uygulama alanı bulacaktı.

Yukarıda bahsettiğimiz ve uluslar arası metinlerde, aynı zamanda Anayasamız'da yer alan haklar çerçevesinde düşünüldüğünde, borçlunun ailesini korumak amacıyla getirilen hükümlerin sözü edilen haklar gözetilerek değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla borçlunun ve ailesinin korunması, onların insan onuruna yakışır şekilde yaşamlarını devam ettirebilmeleri amacıyla getirilen hükümlerden sadece borçlunun feragat etmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Hacedilmezlik, çoğu zaman borçlunun ailesi de düşünülerek öngörülmuş kanuni bir korumadır⁶⁰¹. Hacedilmezlikte borçlunun ve ailesinin, bütün mal varlığının elinden çıkması nedeniyle felakete sürüklenmelerine engel olma düşüncesi vardır⁶⁰².

⁶⁰¹ Jauernig, s.145; Noack, s.113.

⁶⁰² Sema Taşpınar, Borçlunun Bazı Mallarının Hacedilememesi ve Nedenleri (Hacedilmezlik ve Nedenleri), yayımlanmamış yüksek lisans tezi, s.156, Ankara 1994.

Özellikle bazı durumlarda haczedilmezlikten feragatin borçlunun ve ailesinin yaşamlarını tehlikeye sokması söz konusu olabilir. Örneğin 82.maddenin 6.bende göre, borçlunun ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacakları haczedilemez. Bu haczedilmezlik borçlu ve ailesi için hayati öneme sahiptir. Hatta borçlunun kendisi ve ailesi için iki aylık yiyecek ve yakacağının olmaması durumunda, borçlunun bunları satın almaya yetecek kadar parası veya başkasındaki alacağının haczedilmeyip kendisine bırakılması gerekir. Borçlunun parası yoksa, haczedilen diğer mallarının satışından elde edilen bedelden borçlu ve ailesinin iki aylık yiyecek ve yakacak ihtiyaçlarını karşılayacak miktarın borçluya bırakılması gerekir⁶⁰³. Ancak Yargıtay 82.maddenin 6. bendini sadece lafzi yorumu tabi tutarak, borçlunun ve ailesinin yiyecek ve yakacağının ihtiyaçları için ayrılacağını, ancak bu yoksa bunları almak için para ayırlamayacağına karar vermiştir⁶⁰⁴.

Burada, yukarıda belirtmiş olduğumuz, “borçlunun, koruyucu hükümlerden vazgeçemeyeceğinin mutlak olarak kabul edilmesi bazen borçlunun aleyhine durumlar oluşturabilir, onun ekonomik olarak daha zor duruma düşmesine de neden olabilir” görüşümüzle çelişkiye düştüğümüz ileri sürülebilir. Ancak böyle bir çelişki söz konusu değildir. Zira öncelikle burada sadece borçlunun değil, onun ailesinin de korunması söz konusudur. Yine bu noktada, borçlunun kendisi kadar ailesini de düşündüğü, onların menfaatlerini de gözettiği ileri sürülebilir. Bu düşüncenin haklılık payı vardır. Ancak bu gibi durumlarda, borçlunun aile fertlerinin de şikayet hakkını kabul etmek suretiyle sorunu aşabiliriz. Çünkü borçlu haczedilmezlikten feragat ederse ve diğer aile fertleri de bunun kendileri lehine olduğuna kanaat getirirse şikayet yoluna başvurmayarak bir nevi ailenin diğer fertlerinin de bu feragate zımnen muvafakat etmesi mümkün olacaktır. Ancak aile fertleri bunun kendi lehlerine olmadığını düşünüyorlarsa, şikayet yoluna başvurarak söz konusu haczin kaldırılmasını sağlayabilmelidirler⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Kuru, Haciz, s.300.

⁶⁰⁴ “... Borçlu üzerinde bulunup haczedilen paraların, haczi mümkün olup, bu paranın borçlunun yiyecek ve yakacağına sayılmak suretiyle haczedilmezliği kabul olunamaz...” (12.HD 23.3.1987, 7719/3896: Talih Uyar, Gerekçeli-Notlu İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu C:II, s.2288).

⁶⁰⁵ Aile fertlerine de şikayet hakkının verilmesi gerektiği yönünde bkz.: Pekcantez, s.105; Berkin, s.221; Jauernig, s.145; Noack, s.113.

Zira kanunumuza göre, icra müdürünün bir işleminden zarar gördüğünü ileri süren her ilgilinin şikayet yoluna başvurma hakkı vardır⁶⁰⁶. Dolayısıyla işleminden zarar gören, yani şikayet yoluna başvurmakta hukukî yararı olan üçüncü kişiler de şikayet yoluna başvurabilecektir⁶⁰⁷. Kimlerin şikayet yoluna başvurmakta hukukî yararının olduğu somut olaya göre değerlendirilmelidir⁶⁰⁸. Alacaklı ve borçlunun şikayet yoluna başvurularında hukukî yararlarının var olduğu kabul edilirken, üçüncü kişiler hukukî yararının bulunduğunu ispatlamalıdır⁶⁰⁹. Bu çerçevede düşünüldüğünde, borçlunun aile fertlerinin haczedilmesi caiz olmayan bir malın haczi nedeniyle, borçlu bu haczedilmezlikten feragat etmiş olsa dahi, şikayet yoluna başvurmakta hukukî yararlarının varlığı kabul edilmelidir. Çünkü borçlunun feragatine rağmen, söz konusu malların yokluğu doğrudan doğruya onların yaşamlarını etkileyecek ve kanunun onlar için de öngörmüş olduğu bir korumadan sadece borçlu kendisi feragat etti diye mahrum kalma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaklardır. Ayrıca borcunu ödeyemeyen borçlu böyle bir durumun verdiği psikolojik baskıyla söz konusu malın haczedilmesinin kendisi ve ailesi için getireceği tehlikeleri göremeyebilir. Bütün bu nedenlerle, böyle bir durumda borçlunun aile fertlerinin hukukî yararı olması da göz önüne alınarak, bu kişilere de şikayet hakkı tanınması gerektiğini düşünüyoruz.

Nitekim konuyla ilgili bir incelemesinde Kuru, m.82/3 bağlamında, vazgeçilmesi mümkün olmayan mutfak ve pek lüzumlu ev eşyasının haczedilmezliğine değinirken, buradaki ihtiyacın tayininde borçlunun ve ailesinin ihtiyacının göz önünde bulundurulması gerektiğine, bu nedenle de söz konusu bende göre bir malın haczinin caiz olmadığını, aile fertlerinden birisi tarafından da ileri sürülebileceğine işaret etmektedir⁶¹⁰. Burada açıkça aile fertlerinin şikayet hakkından bahsedilmemekle birlikte, haczedilmezlik iddiası kabul edilmeyen aile fertlerine şikayet hakkı verilmesinin konunun amacına uygun olacağını düşünüyoruz.

Borçlunun bir malın haczedilmezliğinden belli bir alacaklıya karşı feragat etmiş olması, sadece o alacaklı için sonuç doğurur. Aynı malı haczettirmek isteyen

⁶⁰⁶ Pekcanitez, s.104; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.70.

⁶⁰⁷ Pekcanitez, s.97; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.70; Postacıoğlu, s.61.

⁶⁰⁸ Pekcanitez, s.97.

⁶⁰⁹ Postacıoğlu, s.61.

⁶¹⁰ Kuru, Haciz, s.290.

başka bir alacaklısına karşı borçlu haczedilmezlik iddiasında bulunabilir⁶¹¹. Yargıtay ise, bazı kararlarında borçlunun bir alacaklısına karşı haczedilmezlikten feragat etmesi halinde, diğer bütün alacaklılarına karşı da söz konusu malın haczedilmezliğinden feragat etmiş sayılacağına karar vermiştir⁶¹². Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira bir malın haczedilmezlik vasfından önceden feragat geçersizdir (m.83/a).

Borçlu, haczi caiz olmayan bir malını borçlanmak suretiyle kazanmışsa, bu borcu için yapılan takiplerde, söz konusu malın haczinin caiz olmadığını ileri süremez. Örneğin borçlu, evini bir alacaklısına ipotek etmişse, artık ipotek alacaklısına karşı meskeniyet iddiasında bulunamayacaktır⁶¹³. Nitekim kanun da bu istisnayı açıkça belirtmiştir (m.82). Bu durumda Yargıtay, borçlunun bütün alacaklılarına karşı meskeniyet iddiasından önceden feragat etmiş sayılacağını belirtmektedir⁶¹⁴.

Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir. Öncelikle, belirttiğimiz üzere, bir malın haczedilmezlik sıfatından haciz tarihinden önce feragat edilmesi geçersizdir (m.83/a). Borçlunun buradaki haczedilemeyen bir malının ipotek edilmesi nedeniyle haczinin mümkün olması sadece ipotek alacaklısına karşıdır⁶¹⁵. Bu istisna, haczedilemeyen malın borçlu tarafından, belirli bir alacaklıya ipotek edilmesinden kaynaklanmaktadır. Yoksa haczedilemeyen malın bu vasfından bütün alacaklılara karşı vazgeçilmesi söz konusu değildir.

Son olarak, tarafların karma bir sözleşme yapma imkanlarının da olması gerektiğini düşünüyoruz. Taraflar, borçlunun bir malının haczedilmezliğinden feragat etmesine karşılık, öncelikle haczi caiz olan diğer mallarının haczedilmesi ve satılması gerektiği, ancak bu malların alacağı karşılamaması durumunda haczedilmezliğinden feragat edilen malın satışının yapılabileceği konusunda anlaşabilirler. Bundan başka alacaklı ve borçlu, haczedilemez bir malın bu vasfından feragat edilmesi karşılığında borçlunun haczedilebilir bir malına haczedilmezlik vasfının verilmesi konusunda anlaşabilirler. Ancak bu sözleşmelerin hacizden önceki bir dönemde yapılması mümkün

⁶¹¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.305; Kuru, s.837.

⁶¹² HGK 16.2.1972 770/97, ABD 1972/4, s.680.

⁶¹³ Üstündağ, s.227; Kuru, s.822; Kuru, El Kitabı, s.448.

⁶¹⁴ “İpotekli taşınmaz hakkında meskeniyet iddiasında bulunulamayacağı (borçlunun taşınmazını ipotek etmekle, haczedilmezlik iddiasından peşin olarak vazgeçmiş olduğu...” (12.HD. 1.11.1994, 14072/14060: Nazif Kaçak, Alfabetik-Özetli A'dan Z'ye Yargıtay İçtihatları Külliyyatı I.Cilt, Ankara 1999, s.719). Bu konuda diğer Yargıtay kararları için bkz. Kuru, s.822, dn.193.

⁶¹⁵ Kuru, s.822; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.301; Muşul, s.596; Kuru, El Kitabı, s.448.

değildir. Çünkü hacizden önceki bir dönemde haczedilmezlikten feragat geçerli değildir⁶¹⁶ (m.83/a).

III. Sürelere İlişkin Sözleşme Yasağı ve İstisnası

İcra ve İflâs Kanunu, bir taraftan icra takibinin sürüncemede kalmaması, takibin çabuk sonuçlandırılması⁶¹⁷, diğer taraftan da ilgili kişilerin düşünebilmesi ve kanuni yollara müracaat edebilmesi için⁶¹⁸, yapılacak çoğu işlemin belirli bir sürede yapılmasını öngörmüştür. İcra ve İflâs Kanunu'nun belirlediği süreler kesindir ve bu süreleri değiştiren sözleşmeler, kanun tarafından hükümsüz kabul edilmiştir (m.20 c.1). Böyle bir sözleşme yapılmış olsa bile, icra organları bu sözleşmeleri dikkate almaksızın kanunda belirtilen süreler göre işlem yaparlar⁶¹⁹. Maddenin birinci cümlesindeki “...bütün mukaveleler hükümsüzdür” ifadesi bu kuralın mutlak olduğu izlenimi vermekle birlikte, maddenin ikinci cümlesinden bu kuralın mutlak olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, herhangi bir sürenin geçmesinden yararlanma hakkı olan borçlunun, bu hakkından vazgeçmesi mümkündür (m.20, c.2). Ancak, borçlunun vazgeçmesi üçüncü kişileri etkilemez (m.20, c.3).

Örneğin; alacaklının haciz isteyebilmesi için, kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz süresi içinde itiraz etmemiş olması gerekir (m.78, I). Borçlu kendisine ödeme emri gönderildikten sonra henüz yedi günlük itiraz süresi dolmadan icra dairesine itirazı olmadığını bildirerek borcu kabul ederse, alacaklının yedinci günün de geçmesini bekleme zorunluluğu kalmayacak ve haciz isteyebilecektir⁶²⁰. Ancak borçlunun henüz kendisine ödeme emri gönderilmeden önceki bir dönemde, örneğin alacaklının kendisi aleyhine icra takip talebinde bulunduğunu öğrenen borçlunun takip talebinin yapıldığı icra dairesine giderek hiçbir itirazının olmadığını ve kendisi aleyhine yapılacak takibi kabul ettiğini, mallarının haczini kabul ettiğini bildirmesinin geçerli olmayacağını düşünüyoruz. Çünkü bu aşamada borçlu kendisi aleyhine yapılacak

⁶¹⁶ “... İİK.nun 83/a maddesine göre, borçlunun taşınmazın haczinden önce meskeniyet şikayetinden vazgeçmesi geçerli olmayıp, hacze ittila tarihinden 7 gün içinde haczedilmezlik şikayetinde bulunabileceği ...” (12.HD 4.10.1988 9393/10829: YKD 1989/1, s.63). Aynı yönde bir başka karar için bkz.: 12.HD 4.3.2003 1623/4158: YKD 2003/6, s.920.

⁶¹⁷ Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukukunda Müddetler (Süreler), Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s.621.

⁶¹⁸ Ahmet Refik Gorbon, İcra ve İflâs Kanununda Müddetler ve Neticeleri, İBD 1942/5, s.265.

⁶¹⁹ Kuru, Müddetler, s.634.

takibin çerçevesini, kapsamını bilemeyebilir, bunu, ancak ödeme emriyle öğrenme imkanı vardır. Ödeme emriyle borçluya kendisini savunma imkanı verilmesi gerekir. Borçlunun savunma hakkını kullanmadan, yani kendisine ödeme emri gönderilmeden, kendisi aleyhine yapılacak takibi kabul etmesinin mümkün olmaması gerekir. Nitekim Yargıtay da bir kararında, borçlunun, borcu, ödeme emrinden önce kabul etse bile kendisine ödeme emri gönderilmeden haciz işleminin yapılamayacağını vurgulamaktadır⁶²¹. Ancak Yargıtayın aynı dairesi eski tarihli bir kararında, tam bir açıklık olmamakla birlikte, kanaatimizce isabetli olmayan bir şekilde, ödeme emri tebliğinden önce borçlunun borcu kabulü üzerine yapılan haczin geçerliliğinden söz etmektedir⁶²².

Buna karşılık kanun tarafından öngörülen süre, borçlu lehine değil de baskın olarak kamu yararı düşüncesi ile konulmuşsa ya da bu sürenin düzenlenmesinde üçüncü kişilerin menfaatleri de söz konusu ise, bu durumda sürelerle ilişkin sözleşme yapılması mümkün olmayacaktır⁶²³. Yukarıda⁶²⁴ belirttiğimiz üzere borçlunun haczi caiz olmayan bir malı haczedilmiş ve borçlu da süresi içinde şikayet yoluna başvurmamışsa, haczedilmezlikten feragat etmiş sayılacak ve artık bu malın haczedilmezliğini ileri süremeyecektir. Ancak yine kabul ettiğimiz üzere, borçlunun bazı mallarının haczedilmezliği öngörülürken sadece borçlunun değil, aynı zamanda borçlunun aile bireylerinin de korunması amacı güdülmüştür. Bu nedenle, haczedilmezlikte borçlunun aile bireylerinin de korunması söz konusu ise, borçlu haczi caiz olmayan bir malı haczedildikten sonra, haczedilmezlik şikayetine başvurmayacağını bildirmiş olsa dahi,

⁶²⁰ Kuru, Müddetler, s.634.

⁶²¹ “İİK’nun 60.maddesinde açıklandığı gibi takip talebi üzerine icra dairesi bir ödeme emri yazar, aynı kanunun 61.maddesinde de açıklandığı gibi bu yazılan ödeme emri borçluya tebliğ edilir. Tetkik konusu olayda bu lazıme riayet edilmemiş, mücerret borçluların ‘borcu kabul beyanları’nın alınmasıyla iktifa olunmuştur. Bu durumda İİK’nun 78.maddesine göre haciz yapılması dahi mümkün değildir. İcra dairesince ödeme emri dairede tebliğ edilip borçlular ‘İİK’nun 20.maddesine göre itiraz etmediklerini, borcu kabul ettiklerini’ bildirerek ‘itiraz süresinin geçmesine gerek olmadan haciz yapılmasını’ istemiş olmaları halinde, ancak takibin kesinleşmesinden ve usulüne uygun bir takibin varlığından söz edilebilir...” (12.HD 26.5.1988, 4723/6782: Uyar, İİK C:I, s.371, 372).

⁶²² “... Borçlu takip tarihinden sonra ödeme emrinin tebliğinden önce icra dairesinde borcu kabul etmiş, 1 Ekim 1981 tarihinde borcu ödeyeceğini bildirmiştir. İİK’nun 20.maddesi gereğince icrada yapılan bu kabul ve yapılan haciz geçerli olup üçüncü şahıslara karşı haciz tarihi, ödeme emrinin tebliğinden sonra yedi günlük itiraz süresinin geçtiği tarihtir” (12.HD 23.2.1982, 728/923: Uyar, İİK C:I, s.370).

⁶²³ Üstündağ, s.95.

⁶²⁴ Bkz. yuk. § 7-C-II.

bu süreden yararlanmayacağını belirtmiş olsa dahi o malın satışının hemen istenemeyeceğini düşünüyoruz. Zira burada borçlunun şikayet süresini kullanmaması, aile bireylerinin menfaatlerini zedelememelidir. Dolayısıyla borçlunun bundan feragat etmesi, aile bireylerinin bu süre içinde şikayet yoluna başvuramayacakları anlamına gelmez.

Sürenin borçlu yararına konulmuş olması durumunda, borçlunun kendi aleyhine olarak bu süreden vazgeçmesi mümkün olduğu için ve bununla alacaklı lehine bir durum oluşturulduğu için, burada yine icrayı genişleten bir sözleşmeden söz edilecektir.

IV. Satışın Yapılacağı Yer ve Zamana İlişkin Sözleşme

Alman Medenî Usul Kanunu'nun 816.paragrafına göre, taraflar cebri satışın yapılacağı yer ve zamanı sözleşmeyle belirleyebilmektedirler⁶²⁵. Buna göre, hacizden itibaren bir hafta geçmediği müddetçe hacizli mal satılamaz. Ancak taraflar daha önceki bir tarihte satışın yapılması konusunda anlaşılırsa, bir haftalık sürenin geçmesi beklenmeden satış yapılabilir⁶²⁶. Aynı şekilde taraflar satışın yapılacağı yer konusunda da anlaşılırsa, yine, anlaşma sağlanan yerde satış yapılacaktır⁶²⁷. Ayrıca taraflardan birisi icra müdürüne başvurarak, hacizli malın satışının farklı bir şekilde yapılmasını isterse, icra müdürü buna uygun hareket edebilir⁶²⁸. Buna dayanarak tarafların, satışın şekli konusunda sözleşme yapabilecekleri kabul edilmektedir⁶²⁹.

Türk Hukuku'nda da rehinli malın satışının, rehin alacaklısı tarafından yapılabilmesini öngören sözleşmenin geçerli olacağı ileri sürülmüştür⁶³⁰. Özellikle satış bedeli sözleşmenin yapıldığı sırada belirlenmişse, artık borçluyu bekleyen tehlike belirsiz olmaktan çıkmıştır⁶³¹. Ayrıca rehinli malın icra organları tarafından ve

⁶²⁵ ZPO § 816/1-2.

⁶²⁶ ZPO § 816/1.

⁶²⁷ ZPO § 816/2.

⁶²⁸ ZPO § 825/1.

⁶²⁹ Wagner, s.755; Schönke/Baur/Stürner, s.122; Brox/Walker, s.128 Schönke/Baur, s.30.

⁶³⁰ İlhan E. Postacıoğlu, İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi –Bir Kanun Tasarısı Denemesi-, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.538; Baki Kuru, İcra ve İflâs Hukuku C:III, İstanbul 1993, s.2479; Ansay, s.177; Uyar, RPCÇ, s.143; Postacıoğlu, s.557; Berkin, s.377.

⁶³¹ Postacıoğlu, İpotek, s.538.

kanundaki şekillere göre paraya çevrilmesi hakkındaki hükümler emredici değildir⁶³². Rehinli taşınır bakımından böyle bir sözleşmeyi kabul eden bu görüş, ipotek bakımından belirli sınırlamalar çerçevesinde bu tür bir sözleşmenin geçerli olabileceğini belirtmektedir⁶³³. Ayrıca bunu, sadece taşınır rehninde mümkün görenler de vardır⁶³⁴.

Bir başka görüş ise, alacaklı ve borçlunun satış ile ilgili bazı konularda, örneğin artırmanın şekli konusunda, artırmanın yerinin ve gününün belirlenmesi konusunda, sözleşme yapabileceklerini ileri sürmüştür. Çünkü bu durumda icra müdürü ilgililerin menfaatine en uygun şekilde hareket etmelidir. Bunu ise ilgililer daha iyi takdir edeceklerdir⁶³⁵.

Kanaatimizce bu gün yürürlükte olan kanunumuz bakımından alacaklıya, rehinli malın satışını yapma yetkisinin verilmesi veya sözleşmeyle satış şeklinin, artırma yapılacak yer ve günün belirlenmesi mümkün değildir. Öncelikle rehinli malın paraya çevrilmesi konusunda, haciz yoluyla takipteki paraya çevirmeye ilişkin hükümlere atıf yapılmıştır (m.150/g). İcra ve İflâs Kanunu satışa ilişkin hükümleri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir ve satışın icra organı vasıtasıyla yapılmasını öngörmüştür (m.106-137). Kanunda hem taşınmaz hem de taşınır malların satışının açık artırma ile yapılması kuralı getirilmiş; ancak istisnai bazı durumlarda taşınır malların pazarlıkla satışına izin verilmiştir (m.119). Ancak istisnai durumlarda dahi satış icra dairesi vasıtasıyla yapılacaktır. İcra takibi bakımından, kanun koyucu hiçbir şekilde buna herhangi bir istisna getirmemiştir. Bu nedenle, satışın yapılmasına ilişkin kuralların emredici nitelikte olduğu, dolayısıyla bu kuralların sözleşmeyle değiştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

İcra ve iflâs takiplerinde, satışın icra dairesi dışında yapılması ancak iflâs tasfiyesi bakımından mümkündür. İflas tasfiyesinde satış işlemleri iflâs idaresi tarafından yürütülür⁶³⁶ (m.241). Ancak iflâs tasfiyesinde borçlunun bütün alacaklılarının tatmin edilmesi söz konusu olduğundan ve burada alacaklıların kendi menfaatlerini daha iyi gözetebilecekleri varsayıldığından, alacaklılara pazarlıkla satış yapılmasına karar verebilme imkanı tanınmıştır. Buna karşılık icra takibinde ise, sadece takip yapan

⁶³² Kuru, İcra C:III, s.2470; Uyar, RPÇ, s.143; Postacıoğlu, s.556-557.

⁶³³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Postacıoğlu, İpotek, s.539 vd.

⁶³⁴ Arar, s.325.

⁶³⁵ Berkin, s.17.

alacaklının tatmin edilmesi söz konusudur. Eğer sadece kendi yararı doğrultusunda hareket eden bu alacaklıya, borçlunun mallarının (bu mallar rehinli olsa bile) satışı imkanı verilirse, alacaklı malın satış bedeline çok da önem vermeyecek, bu malın satışından alacağını elde edemezse, borçlunun bir başka malının daha satışının yapılacağını düşünebilecektir. Bu nedenle, iflâstaki bu prensibin icra takibinde uygulanma ihtimalinin olmadığını düşünöyoruz.

V. İcra ve İflâs Kanunu m.45'in Değerlendirilmesi

İcra ve İflâs Kanunumuz rehinle teminat altına alınmış alacaklar için özel bir takip yolu olan rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibi düzenlemiştir (m.145-153). İİK m.45'e göre, "Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı, yalnız rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir". Göröldüğü üzere kanun, borçlusu aleyhine takip yapmak isteyen rehin alacaklısının bu yola başvurmasını sadece bir hak olarak değeril, aynı zamanda bir zorunluluk olarak öngörmüştür⁶³⁷ ve bununla alacaklıya, borçlunun malvarlığının diğer unsurlarına başvurusu yasaklanmıştır⁶³⁸. Rehlin alacaklısı, öncelikle borçlunun diğer mal varlığına başvurup kendisi için rehinli malı ek bir güvence olarak tutamaz⁶³⁹. Rehlin kıymeti, alacağı karşılamaya yetmese bile, alacaklının öncelikle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapması zorunluluğu devam eder⁶⁴⁰.

Acaba 45.maddenin getirdiğı öncelikle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibin yapılması zorunluluğu tarafların yapacağı sözleşmeyle ortadan kaldırılabılır mı? Bir başka anlatımla, 45.maddede öngörölen öncelikle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasına dair hüküm emredici nitelikte midir? Bu soruya cevap verebilmek

⁶³⁶ Yılmaz, s.152.

⁶³⁷ Gürdoğan, RPÇ, s.9; Üstündağ, s.366; Kuru, İcra C:III, s.2379; Ernst Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetriebsrechtes, Bern 1911, s.143, s.511; Belgesay, s.107; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.461; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.121; Arar, s.324; Berkin, s.374; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özekes, s.261; Muzaffer Güral, Rehlin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Satış, İBD 1963/1-4, s.26; François Guisan, Alacağın Rehlinle Temin Edilmiş Olmasının Takip Tartzına Tesirleri, Batider 1964/3, s.455, (Çev: Burhan Gürdoğan); Alfred Martin, Rehlin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İÜHFM 1957/1-4, s.329 (Çev.: Necmeddin Berkin); Gürdoğan, s.162; Uyar, RPÇ, s.81; Lale Sirmen, Alacak Rehni, Ankara 1990, s.119; Eyüp Sabri Erman, Bono Poliçe ve Çekler Hakkında Hususi Takip Usulleri, AD 1967/6, s.388.

⁶³⁸ Gürdoğan, RPÇ, s.9.

⁶³⁹ Fritzsche/Walder, s.476.

⁶⁴⁰ Üstündağ, s.366; Kuru, İcra C:III, s.2393; Berkin, s.374; Kuru, İcra C:III, s.2393.

için öncelikle İcra ve İflâs Kanunu 45.maddenin maddî hukuk kuralı niteliğinde mi yoksa icra hukuku kuralı niteliğinde mi olduğunun belirlenmesi gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu m.45'in, borçlunun sorumluluk şeklini belirlediği ve bu yönüyle maddî hukuk kuralı olduğu ileri sürülmüştür⁶⁴¹. Bu hükmün maddî hukuk kuralı olmasına rağmen İcra ve İflâs Kanunu içinde yer alması ise şu sözlerle açıklanmaktadır: (İcra ve İflâs Kanunumuzun kaynağı olan) İsviçre'de icra ve iflâs kanunu, medenî kanundan önce, federal kanun olarak edilmişti. Eski İsviçre Borçlar Kanunu ise, sadece taşınır rehnini düzenlemekte ve rehnin paraya çevrilmesini kantonal hukuka bırakmakta idi. Bu sebeple, kantonlar mevzuatındaki çeşitli rehin haklarına uygulanacak genel hükümler ve bu arada incelediğimiz LP (İsviçre İcra ve İflâs Kanunu) m.41 (İİK m.45) hükmü İcra ve İflâs Kanunu içinde yer aldı ve sonradan Medenî Kanun'un tedvininde söz konusu hüküm bu sebeple alışılmış olduğu eski yerinde bırakıldı⁶⁴².

Yargıtay ise bazı kararlarında, açıkça sözünü ettiğimiz görüşlere de atıf yaparak, m.45'in borçlunun sorumluluğunun kapsamını belirleyen bir hüküm olması sebebiyle maddî hukuk kuralı olduğunu kabul etmektedir⁶⁴³. Yargıtay'ın bu hükmü maddî hukuk normu olarak kabul etmekle, bu normun icra hukuku normu kabul edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek engelleri aşmanın zorluğunu düşünerek hareket etmiş olabileceği ileri sürülmüştür⁶⁴⁴.

Üstündağ ise, bu konuda açık bir görüş belirtmemekte, tarafların m.45 hükmünün aksine sözleşme yapıp yapamayacakları sorusuna, bu normun maddî hukuk normu mu yoksa icra hukuku normu mu olduğunun belirlenmesinden sonra karar verilebileceğine işaret etmekte, bu hükmün icra hukuku kuralı olması durumunda, soruna verilecek cevabın, icra sözleşmeleri çerçevesinde verilmesinin mümkün

⁶⁴¹ Postacıoğlu, s.550; Gürdoğan, RPÇ, s.10; Fritzsche/Walder, s.476 (Bkz orada işaret edilen karar: 19.Maerz.1971, Luzern, Schuldbetreibungs- und Konkurskammer, B1SchK 37/1973 S.142, Nr.41); Burhan Gürdoğan, İcra ve İflâs Kanunu'nun 45 inci Maddesiyle İlgili Bir Yargıtay Kararı Üzerine, ABD 1967/1, s.11; Guisan, s.455; Uyar, RPÇ, S.82; Ahmet Eryılmaz, Öncelikle Rehnin Paraya Çevrilmesi Emredici midir? (İİK 45/I C.1), İBD 1984/10-12, s.654.

⁶⁴² Guisan, s.455.

⁶⁴³ 11.HD 18.3.1982, 619/1108, (YKD 1982/6, s.818).

⁶⁴⁴ Üstündağ, s.8.

olduğunu belirtmektedir⁶⁴⁵. Bununla beraber, m.45 hükmünün sözleşmeyle ortadan kaldırılamaması gerektiği sonucuna varmaktadır⁶⁴⁶.

Rehin, maddî hukuk normları içinde düzenlenen, (taşınır rehni TMK m.939 vd, taşınmaz rehni TMK m.850 vd) alacak yerine getirilmediği takdirde hak sahibine, rehinli malı paraya çevirtirerek alacağını elde etme imkanı veren ve herkese karşı ileri sürülebilen bir aynî haktır⁶⁴⁷. Rehinle ilgili Medenî Kanun'da yer alan hükümler sorumluluğun şeklini, sınırını ve diğer bütün çerçevesini ilgilendirmesi bakımından maddî hukuk normudur. Ancak İcra ve İflâs Kanunu m.45'in maddî hukukla doğrudan bir bağı yoktur. Bu hükmün maddî hukukla olan bağı, sadece rehin borçlusunun borcunu yerine getirmemesi durumunda, alacaklının icra takibi yapmak istemesi üzerine, maddî hukuktan kaynaklanan bu alacağını elde etmek için başvurması gereken yolu göstermesi bakımındandır. Bu nedenle 45.maddenin maddî hukuk normu olmadığını düşünüyoruz. Öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nda maddî hukuk normunun yer alması istisnaen görülebilecek bir durumdur ve burada böyle bir istisnaî durum söz konusu değildir. Çünkü söz konusu hükümle borçlunun sorumluluk şekli belirlenmemekte, aksine rehin alacaklısı kişinin yapması gereken takibin çeşidi belirlenmektedir (m.45, I c.1). Burada borçlunun sorumluluğuna ilişkin bir ifade bulmak mümkün değildir. Madde, borçlunun sorumluluk şeklini değil, borçluya karşı yapılacak takibin şeklini (çeşidini) belirlemektedir. Çünkü kanun, alacaklının alacağı rehinle temin edilmiş ise özel bir takip yoluna başvurulması zorunluluğunu öngörmüştür. Bütün bu gerekçelerle 45.maddenin maddî hukuk normu değil, tipik bir takip hukuku normu olduğunu düşünüyoruz.

İcra ve İflâs Kanunu m.45'in takip hukuku normu olduğunun belirlenmesinden sonra, bu maddede yer alan öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma kuralının, tarafların yapacağı icra sözleşmesiyle aşılabileceğini belirlemek için, bu hükmün emredici olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Kanunun bu hükmünü maddî hukuk kuralı olarak görenlerin çoğu⁶⁴⁸ m.45'in emredici bir kural olmadığını kabul etmektedirler⁶⁴⁹. Bu görüşü savunanlara göre, m.45

⁶⁴⁵ Üstündağ, s.7, 8.

⁶⁴⁶ Üstündağ, s.369

⁶⁴⁷ Öztan, s.807; M.Kemal Oğuzman/Özer Seliçi, Eşya Hukuku, İstanbul 1992, s.779.

⁶⁴⁸ Uyar m.45 hükmünü maddî hukuk kuralı olarak görmesine rağmen, söz konusu hükmün emredici nitelikte olduğunu kabul etmektedir (Uyar, RPÇ, s.82, 84).

hükümü borçlunun sorumluluk şeklini belirlediği için ve borçlunun malvarlığının genel sorumluluğunu sınırlayan anlaşmalar yapılmasını yasaklayan kanuni bir hüküm olmadığı için; şahsi borçlar konusunda sözleşme serbestisi asıl olduğu için, bu hüküm emredici nitelikte değildir ve tarafların yapacağı sözleşmeyle öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurma zorunluluğu ortadan kaldırılabilir⁶⁵⁰. Çünkü borçlunun malvarlığı unsurlarının alacakların alacağına ne şekilde tahsis edileceğine dair bir anlaşma yapılmasını yasaklayan herhangi bir kanun hükümü yoktur. Dolayısıyla burada da irade serbestisi kuralının geçerli olduğu kabul edilmelidir⁶⁵¹.

Bunun yanında, bu hükmün maddî hukuk veya takip hukuku kuralı olup olmadığına değinmeden, bunun emredici olmadığını belirtenler de vardır⁶⁵². Buna göre, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip, ancak alacaklının bunu açıkça istemesi durumunda mümkün olacaktır⁶⁵³. Bir başka anlatımla alacaklının rehin hakkı olmasına rağmen, borçlu şikayet yoluna başvurmadıkça, alacaklı diğer takip yollarından birine başvurabilecektir. Borçlunun şikayet yoluna başvurmaması durumunda bu maddede öngörülen zorunluluk ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu nedenle söz konusu hüküm emredici değildir⁶⁵⁴. Aynı şekilde alacaklı ve borçlunun sözleşmeyle önce rehne müracaat zorunluluğunu kaldırmaları mümkündür⁶⁵⁵. Çünkü bu hüküm üçüncü bir kişinin menfaatini ilgilendirmediği gibi kamusal bir menfaati de ilgilendirmez⁶⁵⁶.

Diğer görüşe göre, alacağı rehinle temin edilmiş olan alacaklı, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorundadır, haciz yoluna veya borçlu iflâsa tabi kişilerden ise iflâs yoluna başvurması mümkün değildir⁶⁵⁷. Başvurması durumunda icra

⁶⁴⁹ Postacıoğlu, s.552; Gürdoğan, RPÇ, s.15; Guisan, s.458; Gürdoğan, s.163; Eryılmaz, s.654.

⁶⁵⁰ Gürdoğan, RPÇ, s.15; Postacıoğlu, s.552; Gürdoğan, s.163; Guisan, s.458.

⁶⁵¹ Gürdoğan, s.163.

⁶⁵² Amonn/Gasser, s.262; Arar, s.325; Berkin, s.375; Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, s.181

⁶⁵³ Jaeger/Walder/Kull/Kottmann, s.181.

⁶⁵⁴ Amonn/Gasser, s.262; Berkin, s.375.

⁶⁵⁵ Amonn/Gasser, s.262; Arar, s.325; Berkin, s.375.

⁶⁵⁶ Guisan, s.467; Gürdoğan, İİK m.45, s.13; Amonn/Gasser, s.67.

⁶⁵⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.462; Pekcanitez/Atalay/Özkan/Özkes, s.261; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.121; Belgesay, s.107. Hatta Belgesay, kitabının eski basısında, alacaklının rehinden feragatinin de mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Çünkü rehin veren borçlunun, diğer mallarının haczini en sona bırakmak için alacaklıyla anlaşmış olduğunun kabul edilmesi gerekir (Belgesay, İcra ve İflas Hukuku C:I, İstanbul 1942, s.443, 444).

müdürü bunu resen reddetmek zorundadır⁶⁵⁸. Aynı zamanda bu davranış süresiz şikayete de konu olabilir⁶⁵⁹. Bu ifadelerden m.45 hükmünün emredici kabul edildiği anlaşılmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu m.45 hükmü kamu düzenine ilişkin ve bu nedenle emredici olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle tarafların anlaşarak ilk önce rehne müracaat zorunluluğunu ortadan kaldırmaları mümkün değildir⁶⁶⁰. Çünkü kanunda önce rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip zorunluluğu getirilmiş olmasının amaçlarından birisi de, borçlunun diğer alacaklılarının haklarını korumaktır. Zira borçlunun malvarlığı, onun alacaklılarının müşterek rehini konumundadır. Buna m.311/1’de açıkça işaret edilmektedir. Borçlu, söz konusu rehinle, rehinli alacaklı için özel bir statü (imtiyazlı alacak) oluşturmuş, bir nevi alacaklı müşterek rehin konumundaki malvarlığından hissesini almıştır⁶⁶¹. Buna rağmen rehin alacaklısına, rehin hakkından feragat etmeden, diğer takip yollarına başvurma imkanı verilirse, diğer alacaklıların zararına bir durum oluşturulmuş olur. Çünkü rehin alacaklısı diğer alacaklılara göre üstün konumdadır. Böyle bir yol açılırsa, rehin alacaklısı, rehinli malı ek bir teminat olarak tutacak ve ilk önce diğer takip yollarından birini tercih edecektir. Bu nedenle rehin hakkından feragat etmedikçe rehin alacaklısına diğer takip yollarına gitme imkanı verilmemelidir⁶⁶².

Yargıtay ise konuya ilişkin değişik zamanlarda çok farklı kararlar vermiş, 45.maddeyi bazen emredici nitelikte kabul etmiş⁶⁶³, bazen bu hükmün emredici olmadığını, sözleşmeyle aksinin belirlenebileceğine karar vermiştir⁶⁶⁴.

⁶⁵⁸ Berkin, s.374; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.462.

⁶⁵⁹ Kuru, İcra C:III, s.2382; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.121.

⁶⁶⁰ Kuru, İcra C:III, s.2391; Uyar, RPC, s.84; Erman, s.389.

⁶⁶¹ Kuru, İcra C:III, s.2391.

⁶⁶² Kuru, İcra C:III, s.2391.

⁶⁶³ “... İİK nun 54 inci (45.olması gerekiyor) maddesinde belirtildiği gibi, rehinle temin edilmiş bir paranın alacaklısı ancak rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Kanunun emredici bu hükmü mukaveleye konulacak bir kayıt ile değiştirilemez ...” (İİD 14.10.1966 9801/9894, ABD 1966/6, s.1135); “...İİK’nun 45.maddesine göre rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusunu, iflâsa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilir. Yasanın bu emredici kuralına aykırı olarak yapılan takip doğru değildir...” (12.HD 12.5.1992, 12918/6444: Kuru, İcra C:III, s.2381); Aynı yöndeki bir başka karar için bkz.: 12.HD 23.2.1987 5957/2451, YKD 1987/5, s.737.

⁶⁶⁴ “...Bilimsel öğretilerde de baskın biçimde kabul edildiği gibi kişisel borçlar konusunda sözleşme özgürlüğünün asıl olması (BK. mad.19) ve borçlunun malvarlığının genel sorumluluğunu sınırlayan anlaşmalar yapılmasını yasaklayan bir hüküm bulunmadığına göre,.. söz konusu hükmün (İcra ve İflâs

Yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle, biz de, İcra ve İflâs Kanunu 45.maddesinin emredici nitelikte olduğu ve bunun tarafların yapacağı icra sözleşmesiyle değiştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bunun yanında maddenin lafzından da emredici olduğu anlaşılabilir. Maddede yer alan “...alacaklı yalnız rehnin paraya çevrilmesi yolile takip yapabilir.” ifadesi bu hükmün emredici olduğu sonucuna götürmektedir. Yine bundan önce yer alan “Rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflâsa tabi şahıslardan olsa bile...” ifadesi de bunu kuvvetlendirmektedir.

Ayrıca burada, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğunun maddî hukuk normu olduğunu ilk olarak ortaya atan Guisan’ın, söz konusu hükmün taraflarca yapılacak anlaşmayla değiştirilebilirliğini kabul etmek için, belki biraz da zorunlu olarak bu hükmü maddî hukuk normu olarak kabul ettiğini, belirtmek gerekir. Çünkü Guisan’a göre, cebri icraya ait şekiller, kanun tarafından açıkça izin verilmiş olmadıkça tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemezler. Dolayısıyla (İsviçre İcra ve İflâs Kanunu) 41.madde (İİK m.45) gerçekten bir şekil kaidesi ise, bu hükmün değiştirilemeyeceğinin kabul edilmesi zorunludur⁶⁶⁵. Guisan, her ne kadar kendi içinde tutarlı olsa da, yanlış bir yol izleyerek, bu konuda taraf anlaşmasına izin vermek adına, söz konusu hükmü maddî hukuk normu kabul etmiş ve buradan da onun emredici olmadığı sonucunu çıkarmıştır. Ancak yukarıda⁶⁶⁶ açıkladığımız üzere, şekli hukukta, kanun tarafından açıkça izin verilmediği müddetçe, taraf iradesinin bir rolü olmadığı düşüncesi artık aşılmıştır. Bu nedenle de, anılan görüşün kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu hükmün emredici olarak kabul edilmesi durumunda rehinli alacaklının, rehinli malın bedeli düşük olması ve kendisinin önce rehne müracaat etmek zorunda olması ve bu arada diğer alacaklıların borçlunun öteki mallarını haczettirip sattırması nedeniyle, bazen diğer alacaklılara göre daha zor konuma düşebileceği görüşüne⁶⁶⁷ katılmak mümkün değildir. Öncelikle, alacaklının, rehin hakkından feragat ederek rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğundan kurtulması

Kanununun m.45) buyurucu (emredici) değil, tamamlayıcı nitelikte olduğunun kabulü gerekir” (11.HD. 18.3.1982, 619/1108: YKD 1982/6, s.816 vd.).

⁶⁶⁵ Guisan, s.464.

⁶⁶⁶ § 3-C-I-1.

⁶⁶⁷ Gürdoğan, RPC, s.11; Martin, s.329; Guisan, s.468.

mümkündür⁶⁶⁸. Kendisi için böyle bir tehlikenin varlığını fark eden rehin alacaklısının rehin hakkından feragat ederek rehni düşürüp, diğer takip yollarından birisine başvurması her zaman mümkündür. Çünkü rehinli alacaklı tek taraflı irade beyanıyla rehin hakkından vazgeçebilir, bunun için rehin borçlusunun muvafakati aranmaz⁶⁶⁹. Burada, rehin sözleşmesinin, önce rehlin paraya çevrilmesi konusunda zımnî bir anlaşma içerdiği gerekçesiyle alacaklının tek taraflı olarak rehinden feragatinin geçerli olmadığı görüşüne⁶⁷⁰ katılmıyoruz. Zira burada önce rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğu tarafların yapmış olduğu rehin sözleşmesinden kaynaklanmamakta, doğrudan doğruya kanundan kaynaklanmaktadır. Önce rehlin paraya çevrilmesi zorunluluğu tarafların yaptığı rehin sözleşmesinin sonucudur, ama sözleşmeden değil kanundan kaynaklanmaktadır.

İcra ve İflâs Kanunu m.45 hükmünün emredici nitelikte olduğunun kabulü halinde, alacaklının rehin hakkından feragat ederek diğer bir takip yoluna gitmesinin mümkün olmadığı şeklindeki görüşün⁶⁷¹ de isabetli olmadığını düşünüyoruz. Çünkü burada getirilen emredici kural rehin hakkı sahibinin yapması gereken takip bakımından emredicidir. Oysa söz konusu feragatte rehin alacaklısı, rehin hakkından feragat etmektedir. Rehin hakkından feragat etmesiyle, rehin alacaklısı olmaktan çıktığı için, artık onun açısından rehlin paraya çevrilmesi zorunluluğu söz konusu olmayacaktır. Rehin hakkı bulunmasına rağmen, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurmadan vazgeçilmediği için emredici kurala bir aykırılık yoktur.

Bundan başka, 538 sayılı Kanun ile alacaklıya geçici rehin açığı belgesi verilmesi imkanı getirilmiştir. Buna göre, rehlin paraya çevrilmesi yolu ile takip devam ederken, rehinli malın satışından elde edilecek paranın, rehin alacaklısının alacağını karşılamayacağı anlaşılırsa, alacaklının talebi üzerine, icra dairesi kendisine geçici rehin açığı belgesi verir. Alacaklı geçici rehin açığı belgesine dayanarak, alacağının rehinle karşılanamayacağı tahmin edilen kısmı için, icra dairesinden borçlunun diğer mallarının haczedilmesini isteyebilir (m.150/f). Bu hüküm de yine alacaklının rehlin paraya

⁶⁶⁸ Berkin, s.375; Yıldırım, M. K., s.163; Kuru, İcra C:III, s.2389; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.462; Muşul, s.845.

⁶⁶⁹ Öztan, s.857; Oğuzman/Seliçi, s.898; Sirmen, Rehin, s.111.

⁶⁷⁰ Belgesay, s.315.

⁶⁷¹ Gürdoğan, RPC, s.14, 15.

çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunda olması halinde zarara uğramasına engel olmak üzere getirilmiştir⁶⁷² ve sözü edilen eleştirinin yersiz olduğunu göstermektedir.

Ayrıca 538 sayılı Kanun ve 3494 sayılı Kanun ile, İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılması sırasında m.45 değiştirilmek istenmiş ve tarafların bu konuda sözleşme yapmalarına izin verilmesi yönünde hüküm konulmuştu. 538 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sırasında Hükümet Tasarısı ile m.45'e "Rehne rağmen alacaklının daha önce haciz ile takibe geçmek hakkının saklı olduğu hususunda borçlu ile yaptığı anlaşma muteberdir" şeklinde bir fıkra eklenmişti. Ancak Adalet Komisyonu bu konuda borçlunun ve diğer alacaklıların menfaatini de dikkate alarak söz konusu hükmü tasarıdan çıkarmıştır⁶⁷³. 3494 sayılı Kanun ile 45.maddenin birinci fıkrasının başına eklenmek istenen, "Aksine bir sözleşme bulunmadıkça" ifadesi yine Adalet Komisyonu tarafından, ancak bu defa 45.maddenin emredici nitelikte olduğu, bu hükmün amaçlarından birisinin de borçlunun diğer alacaklılarını korumak olduğu, borçlunun malvarlığının alacaklılarının müşterek rehni olduğu, sözleşme serbestisine rağmen, özellikle bankalar karşısında zayıf konumda olan borçlunun korunması için bu sözleşmelerin iptal edilebileceği konularına da işaret edilerek tasarıdan çıkarılmıştır⁶⁷⁴.

⁶⁷² "...Rehlinli alacaklı, 45 inci madde gereğince borçlusunu kaideten ilk önce rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibetmeye mecburdur... rehlin alacağı karşılamayacağı kesin rehin açığı belgesi ile sabit olduğu takdirde borçlunun diğer mallarına başvurabilecektir. Halbuki, rehlinli alacaklının takibi devam etmekte iken, borçlunun diğer alacaklıları –ki, bunlar muvazaalı alacak sahipleri de olabilir- borçlunun diğer mallarını haczettirip sattırarak imkanına sahiptirler ve rehlinli alacaklı buna müdahale edemez. Bu durum alacağını bir teminata bağlamış olan rehlinli alacaklıyı diğer alacaklılara nazaran daha gayrimüsait bir hale getirmektedir. Halbuki, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra müdürü satıştan önce merhuna bir kıymet takdir edecektir. Bu takdir neticesi, rehlin alacağı karşılayıp karşılamayacağı muvakkat olarak belli olacaktır. İşte, bu halde icra müdürünün açık kalacak miktar için rehlinli alacaklıya 'bir muvakkat rehin açığı belgesi' vermesi kabul olunmaktadır. Alacaklı, bu belgeye dayanarak borçlunun diğer mallarının haczini aynı dosyada isteyebileceği gibi 100 üncü maddedeki esaslar dairesinde diğer alacaklıların koydurduğu hacze de iştirak edebilecektir..." (MM. Komisyon Gerekçesi: Necip Bilge/Burhan Gürdoğan, Son Değişikliklere Göre Gerekçeli İcra ve İflâs Kanunu, Ankara 1965, s.127).

⁶⁷³ Bunun tasarıdan çıkarılma gerekçesi şöyledir: "Tasarı ile maddeye eklenen son fıkraya göre, rehne rağmen alacaklının daha önce haciz yoluyla takibe geçmek hakkının saklı olduğu hususunda borçlu ile yaptığı anlaşma muteber sayılmaktadır. Böyle bir anlaşmanın muteber sayılıp sayılmaması hakkındaki fikirlerde bir birlik olmadığı için meselenin kanunlaşmasında mahzur mütalaa edilmiştir. Böyle bir anlaşmanın borçlunun ve diğer alacaklıların hukukuna ne derece müessir olabileceği, alacaklı ile rehin maliki üçüncü şahıs arasında yapılan anlaşmaların hüküm ve neticeleri genel bir formül ile öngörülemez olduğundan, meselenin kanunlaşmasından vazgeçerek, bunu içtihadı terk etmenin daha doğru olacağı neticesine varılmıştır. Bu sebeple mezkur son fıkra kaldırılmış ve madde yürürlükteki kanunda olduğu şekliyle muhafaza olunmuştur" (Millet Meclisi S. Sayısı 461, Dönem 1, Toplantı 2, s.80: Kuru, İcra C:III, s.2392).

⁶⁷⁴ TBMM S. Sayısı 113, Dönem 18, s.12-13 (Komisyon Metni için bkz: Kuru, İcra C:III, s.2392, 2393).

Rehin alacaklısı önce rehinin paraya çevrilmesi yoluna gitmezse, bunun şikayet yoluyla ileri sürülmesi gerekir. Bu hükmün emredici nitelikte olması nedeniyle şikayetin süresiz olması gerektiği görüşüne katılıyoruz. Bunun yanında burada borçlunun diğer alacaklılarına da şikayet hakkının verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira borçlunun diğer alacaklılarına bu imkanının verilmemesi durumunda, kanunun emredici hükmünün dolanılması mümkün olacaktır. Şöyle ki, borçlu kendisi aleyhinde rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması gerekirken diğer bir takip şekline başvurulmasına rağmen şikayet yoluna gitmeyerek bu hükmün dolanılmasını sağlamış olacaktır.

Yukarıda⁶⁷⁵ işlemde zarar görmesi ve bu nedenle hukukî yararı olması nedeniyle üçüncü kişilerin de şikayet hakkının olabileceğine işaret etmiştik. Bu çerçevede düşünüldüğünde, rehin alacaklısı, rehne rağmen diğer bir takip yoluna gitmek isterse, borçlunun diğer alacaklılarının bundan zarara uğramaları söz konusu olacaktır ve bu nedenle şikayet yoluna başvurmakta hukukî yararları vardır. Çünkü borçlunun malvarlığının rehinli alacaklı lehine, ama diğer alacaklıların aleyhine olacak şekilde eksiltilmesi söz konusudur. Rehinli alacaklı borçlunun diğer mallarını haczettirse bile rehin devam etmekte, hacizli malların satışından alacağını tam olarak alamaması durumunda rehinli alacakta imtiyazı devam ettiği için, rehinli malın satışı sonrasında elde edilen paradan da öncelikle alacağını elde etme hakkına sahiptir. Bütün bu nedenlerle, böyle bir durumda borçlunun diğer alacaklılarının hukukî yararı olması da göz önüne alınarak, bu kişilere de şikayet hakkı tanınması gerektiğini düşünüyoruz.

⁶⁷⁵ Bkz. yuk.ş 7-C-II.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İCRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU ŞEKLİ İLERİ SÜRÜLMESİ VE DİĞER ÖZELLİKLERİ

§ 8. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU VE ŞEKLİ

A. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN KURULUŞU

Birinci bölümde, icra sözleşmelerinin icra hukuku alanına dahil olduğunu, yani bu sözleşmelerin aslî etki ve sonuçlarını icra hukuku alanında meydana getirdiğini ve bu nedenle maddî hukuk sözleşmesi olmadığını tespit ettik. Dolayısıyla, kural olarak icra sözleşmelerinin kuruluşu, şekli ve ileri sürülmesi bakımından icra hukuku normlarının uygulanması gerekecektir. Ancak bu noktada icra sözleşmelerinin kanunda ayrıntılı düzenlenmemiş olması bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya ilişkin olarak Alman hukuk doktrini usul sözleşmeleri için geliştirilen ilkelerin aynı şekilde icra sözleşmelerine de uygulanmasını kabul edilmiştir⁶⁷⁶.

Bugün hakim olan fikre göre, usul sözleşmelerinin meydana gelmesi, etkileri, şekli, butlanı gibi konularda, kendi kanununda bir düzenleme olmaması durumunda özel hukukun bu alandaki genel sözleşme kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak Schiedermair bunun sadece usul sözleşmeleri için geçerli olacağını, buna karşılık bütün usul işlemleri için aynı esasın kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Buna göre, usul sözleşmeleri usul hukuku alanına aittir, bir sözleşmeye uygulanacak normların da onun hukukî niteliğine göre belirlenmesi gerekir. Bu sözleşmeler etkilerini usul hukuku alanında meydana getirmeleri nedeniyle usulî niteliktedirler. Bu nedenle usul sözleşmelerinin kuruluşu, etkileri, şekli, sözleşme ehliyeti, hükümsüzlüğü konularında esas olarak yargılama hukuku kurallarının uygulanması gerekir⁶⁷⁷. Yazar bu prensibin uygulanması bakımından, genel olarak usul işlemleri için daha katı bir tavır ortaya koyarken, usul sözleşmeleri için daha esnek bir fikir beyan etmektedir. Usul işlemlerine

⁶⁷⁶ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.389.

⁶⁷⁷ Schiedermair, s.136, 137.

hukukî işlemlere ilişkin kurallar doğrudan uygulanamaz. Buna karşılık usul sözleşmeleri bakımından bu kuraldan sapmaların olabileceğini kabul etmektedir. Buna karşılık kuraldan sapmaların olması bu sözleşmelerin asıl etkilerinin usul hukukunda meydana gelmediği, yani bunların usul sözleşmesi olmadığı anlamına gelmez⁶⁷⁸.

Wagner ise, usul işlemi-usul sözleşmesi ayrımı yapmaksızın, usul sözleşmeleri için medenî hukukun sözleşmelere ilişkin hükümlerinin uygulanabileceğini belirtmektedir. Şimdiye kadar medenî hukukun sözleşmelere ilişkin genel düzenlemelerinin yanında, diğer alanlardaki sözleşmeler için başka bir sistem geliştirilememiştir. Sözleşmeye yer veren diğer sistemlerde genellikle sözleşmelere ilişkin istisnai birkaç hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle medenî hukukta yer alan sözleşmelere ilişkin hükümler, sözleşmenin düzenlendiği ve buna ilişkin özel hükümlerin yer almadığı bütün hukuk alanlarında uygulama alanı bulur. Örneğin Alman İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bu alanda yapılacak sözleşmelerle ilgili birkaç özel düzenleme yer almakta, bunun dışındaki durumlarda Alman Medenî Kanunu'na (BGB) atıf yapmaktadır (VwVfG § 62)⁶⁷⁹.

Usul sözleşmelerine medenî hukuk kurallarının uygulanması için bu konuda ne zımnî bir atıf yapıldığının kabulü gereklidir, ne de kıyas yoluna müracaat etmenin gereği vardır. Çünkü sözleşme hukuku kuralları bütün hukuk alanlarında etkilidir ve uygulama alanı bulur. Bu nedenle söz konusu kurallar maddî hukuk alanı dışında da uygulama alanı bulacaktır⁶⁸⁰.

Buna göre, usul sözleşmeleri iki veya daha fazla irade açıklamasının karşılıklı ve birbirine uygun olmasıyla kurulur. Bu irade açıklamalarının sözleşme kurmaya ve hukukî bir sonuç elde etmeye yönelik olması gerekir. İrade beyanları arasında bir uyumsuzluk söz konusu ise sözleşme kurulmamış demektir. Maddî hukukta olduğu gibi usul hukukunda da sözleşmenin kurulması için icap ve kabulün olması, bunun sonunda irade beyanlarının birbirine uygun olması gerekir. Bütün bu medenî hukuk alanında geliştirilen sözleşmelere ilişkin kurallar usul sözleşmeleri için de kullanılabilir. Ancak, sözleşmelerle ilgili bu kuralların usul hukukunda kullanılması maddî hukuk kurallarının usul hukukuna aktarılabileceği anlamına gelmez. Medenî hukuk alanında geliştirilen

⁶⁷⁸ Schiedermaier, s.137.

⁶⁷⁹ Wagner, s.279.

⁶⁸⁰ Wagner, s.280.

sözleşmelerle ilgili kurallar genel olarak geçerliliği olan kurallardır ve bütün hukuka aittir, en azından maddî hukuk yanında usul hukukuna da aittir⁶⁸¹.

Belirtilen bu esaslar çerçevesinde icra sözleşmelerinin kuruluşunda öncelikle, bu sözleşmeler için kanunda özel olarak bir düzenleme öngörülmüş ise, bunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak icra sözleşmelerinin kuruluşuna ilişkin özel hükümler kanunda genellikle yer almamaktadır. Buna karşılık medenî hukukta sözleşmelerin genel teorisi ayrıntılı bir şekilde geliştirilmiştir. Kural olarak bu sözleşmeler etkilerini icra hukuku alanında meydana getirmeleri nedeniyle, bunlara icra hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Ancak sözleşmelere ilişkin ayrıntılı düzenlemeler İcra ve İflâs Kanunu'da yer almadığı, sözleşmelerle ilgili ayrıntılı düzenlemeler medenî hukuk alanında yer aldığı için, aynı zamanda sözleşmelere ilişkin bu kuralların bünyelerine aykırı düşmediği müddetçe bütün sözleşmeler için geçerli olduğunun kabul edilmiş olması nedeniyle, söz konusu kuralların icra hukukunun genel ilkelerine aykırı olmadığı müddetçe icra sözleşmeleri için de uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz. Nitekim medenî hukukun ehliyeteye ilişkin kurallarının yargılama hukukunda da uygulanacağı HUMK'nun yapmış olduğu atıfla açıkça belirtilmiştir (HUMK m.38). İİK'nda konuya ilişkin atıf olmamasına rağmen, medenî hukukun ehliyet hakkındaki kurallarının icra hukukunda da, taraf ehliyetinin ve takip ehliyetinin belirlenmesinde kullanılacağı kabul edilmektedir⁶⁸².

Yapılan açıklamalara göre, icra sözleşmelerinin kuruluşunda, diğer sözleşmelerde olduğu gibi tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının olması gerekir. Tarafların irade beyanlarının, aralarında var olan veya ileride meydana gelecek olan icra hukuku ilişkisini etkilemeye yönelik olması gerekir. Tarafların irade açıklamaları, maddî hukukta olduğu gibi, icap ve kabul şeklinde olacaktır. İcap ve kabule ilişkin medenî hukuk kuralları yine burada uygulanacaktır. Hacizden önceki bir dönemde (bunun hacizden sonraki taksitle ödeme sözleşmesi teklifinde de olması mümkündür) borçlu taksitle ödeme sözleşmesi yapmak için icra dairesine başvurarak taksitle ödeme teklifini icra dairesine bildirebilir. Bu durumda borçlunun yapmış olduğu bu icap, icra dairesi tarafından alacaklıya tebliğ edilir. Alacaklı da borçlunun taksitle ödemeye ilişkin icabını kabul ettiğini icra dairesine bildirirse, alacaklının bu kabul

⁶⁸¹ Schiedermaier, s.138, 139.

⁶⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.105-107; Yıldırım, M.K., s.7-8; Muşul, s.144, 148; Üstündağ, s.74, 80.

beyanı borçluya tebliğ edilir. Bu şekilde taksitle ödeme sözleşmesi kurulmuş olur⁶⁸³. Görüldüğü gibi, bazı durumlarda icra dairesi vasıtasıyla icap ve kabulün yapılması ve sözleşmenin bu şekilde kurulması mümkündür. Ancak bu sözleşmenin kurulması için bir zorunluluk değildir. Borçlu ve alacaklı bizzat karşılıklı icap ve kabul teatisinde bulunarak da sözleşme yapabilirler.

B. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN ŞEKLİ

İrade beyanının açıklanmasında kullanılan vasıtaya geniş anlamda şekil denir. Buna göre irade beyanının her zaman bir şekli vardır. Ancak teknik anlamda veya dar anlamda şekil, beyanın kanun tarafından veya tarafların iradesiyle tespit edilen ve iradenin dışı yansımaları için öngörülen özel bir tarzı ifade eder⁶⁸⁴.

Şeklin iki türü vardır. Bir sözleşmenin geçerliliği belirli bir şekle uyularak yapılmasına bağlanmışsa, bu şekil geçerlilik şartıdır. Bu şekle uyulmadıkça sözleşme hüküm ifade etmeyecektir. Buna karşılık bazı durumlarda, sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için belirli bir şekle uyulması zorunluluğu yoktur. Ancak taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde, sözleşmenin ispat edilmesi, sadece belirli bir şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu gibi durumlarda ise, söz konusu şekil ispat şartıdır⁶⁸⁵.

Şekil kurallarının öngörülmesinde bir yönüyle sözleşmenin tarafları korunmaktadır, diğer yönüyle de kamu düzeni ve işlem güvenliği korunmaktadır⁶⁸⁶. Şekil kuralları sözleşmenin kurulması sırasında tarafları düşünmeye sevk ederek, acele karar vermelerine engel olmayı ve böylece onları korumayı amaçlamaktadır⁶⁸⁷.

Borçlar hukuku alanında kural olarak şekil serbestisi esası geçerlidir (BK m.11, D), şekil zorunluluğu ise istisnai niteliktedir⁶⁸⁸. Bu nedenle kanunda açıkça bir şekil öngörülmemişse, tarafların irade beyanlarını sözlü olarak açıklamaları ve sözleşmenin bu şekilde kurulması mümkündür. Kanun, bir sözleşmenin belirli bir

⁶⁸³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339.

⁶⁸⁴ von Tuhr, s.229; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s.61.

⁶⁸⁵ Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz.: Eren, s.240 vd.

⁶⁸⁶ Altaş, s.64, 65; Eren, s.238.

⁶⁸⁷ Sirmen, s.291; Eren, s.238.

⁶⁸⁸ Eren, s.239; Altaş, s.48.

şekilde yapılmasını emretmişse, kural olarak bu şekil geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olacaktır (BK m.11, II).

İcra sözleşmelerine ilişkin olarak, kanunda genel bir düzenleme yer almadığı için, bunun doğal sonucu olarak bu sözleşmelerin şekline dair genel bir düzenleme de kanunda yer almamaktadır. Ancak icra sözleşmeleri için de prensip olarak şekil serbestisi ilkesi geçerlidir⁶⁸⁹. Kural olarak şekil serbestisinin olması tarafların belli bir şekil öngörmelerine engel değildir⁶⁹⁰. Dolayısıyla kanunen bir şekil öngörülmemiş olmasına rağmen taraflar, icra sözleşmesinin belirli bir şekilde yapılmasını kararlaştırabilirler. Kanun tarafından veya taraflarca bir şekle uyma zorunluluğu öngörülmüşse, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olur⁶⁹¹. Yani kanun, sözleşmenin bir şekle uyularak yapılmasını öngörmüşse bu şeklin geçerlilik şartı olduğu kabul edilir. Örneğin icra dairesinin yetkisini belirleyen yetki sözleşmesi hakkında HUMK'na atıf yapıldığı ve burada da yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması (HUMK m.22) öngörüldüğü için yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmadığı müddetçe geçerli olmayacaktır. Kanunda öngörülen şekil geçerlilik şartıdır. Yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir⁶⁹². Taraflar arasındaki asıl sözleşme şekle tabi olmasa bile yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. Buna karşılık asıl sözleşmenin resmî şekle tabî olması, yetki sözleşmesinin de resmî şekle tabî olması sonucunu doğurmaz. Asıl sözleşme resmî şekle tabî olsa bile yetki sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılabilir⁶⁹³. Ayrıca yetki sözleşmesinin altının her iki tarafça da imzalanması gerekir. Çünkü yetki sözleşmesi ile her iki taraf da yükümlülük altına girmektedir⁶⁹⁴.

Alacaklı yetkisiz bir icra dairesinde takibi başlatmışsa ve borçlu da yetki itirazında bulunmamışsa, bu durumda yetkisiz icra dairesi yetkili hale gelmiş olur. Bu durumda şöyle bir sorunla karşı karşıya kalırız: Taraflar bir yetki sözleşmesi yapmışlar, ancak bu sözleşmeyi yazılı şekilde değil de sözlü olarak yapmışlarsa, alacaklı daha sonra icra takibini kanunen yetkili olmayan ama sözleşmeyle yetkili kıldıkları icra

⁶⁸⁹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.389; Schiedermaier, eğer kanun tarafından özel bir şekil öngörülmemişse, genel olarak bütün hukukta şekil serbestisinin geçerli olduğunu belirtmektedir (Schiedermaier, s.139).

⁶⁹⁰ Schiedermaier, s.139.

⁶⁹¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.389; Schiedermaier, s.139.

⁶⁹² Postacıoğlu, Usul, s.160; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.195; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.98; Kuru, Usul, s.558; Alangoya/Yıldırım/Yıldırım, s.114; Üstündağ, Yargılama, s.212.

⁶⁹³ Üstündağ, Salahiyet, s.321.

dairesinde başlatırsa, borçlu da icra dairesinin yetkisine itirazda bulunmazsa, acaba borçlu, aralarında yapılan ve şekil şartı eksikliği olan yetki sözleşmesine icazet mi vermiş olur, yoksa taraflar arasında zımnî olarak yeni bir yetki sözleşmesi mi kurulmuş olur? Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, yetkisiz mahkeme veya icra dairesinde, davanın açılması veya icra takibinin başlatılması üzerine yetki itirazı yapılmaması halinde zımnî bir yetki sözleşmesinin var olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁵. Dolayısıyla burada artık borçlunun, alacaklıyla yazılı şekle uymadan yaptığı ve bu nedenle geçersiz olan yetki sözleşmesine icazet verdiğiinden söz edilemez; zira burada kanun, borçlunun (veya davalının) yetkisiz icra dairesinin (veya mahkemenin) yetkisini kabul etmiş sayılacağından bahsetmektedir. Bunun için artık burada zımnî olarak yeni bir yetki sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul etmek gerekir.

Ancak bununla şekle uymamanın yaptırımını tespit edilmiş olmamaktadır. Acaba şekle uymadan yapılan sözleşme iptal edilebilirlik yaptırımıyla mı, yoksa butlan yaptırımıyla mı, ya da başka bir yaptırımla mı karşılaşmalıdır? Kanun tarafından aranan şekle uyulmadan yapılan sözleşme butlan yaptırımıyla karşılanırsa, bunun sonucu olarak sözleşme hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacak, bu sözleşme tarafların icazetiyle de geçerli hale gelmeyecek, icra organları ve hakim şekle aykırılığı resen göz önünde bulundurmak zorunda olacak ve bu herkese karşı ileri sürülebilecektir. İptal edilebilirlikte ise, sözleşme geçerli olarak kurulmuştur, hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurmaktadır. Ancak iptal hakkının kullanılması durumunda sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır⁶⁹⁶.

Buna göre acaba yetki sözleşmesi yazılı şekilde yapılmamışsa bir butlan mı yoksa iptal edilebilirlik mi söz konusudur? HUMK m.23'e göre, yetkili olmayan bir mahkemede davanın açılması üzerine davalı yetki ilk itirazında (HUMK m.187/2) bulunmazsa, o mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılır. Burada bir iptal edilebilirlikten söz etmek mümkün değildir. Çünkü iptal edilebilirlikte sözleşme başlangıçta geçerli olarak kurulmuştur. Oysa şekle aykırılık halinde sözleşme geçerli olarak kurulmamıştır. Öngörülen geçerlilik şekline uyulmadan yapılan sözleşmenin sahih olmayacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle burada iptal edilebilirlikten söz

⁶⁹⁴ Kuru, s.559.

⁶⁹⁵ Üstündağ, Yargılama, s.216; Kuru/Arslan/Yılmaz, Usul, s.200; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Usul, s.98; Schiedermaier, s.141.

edilemez. Yetki sözleşmesi için öngörülen şekil şartı geçerlilik şartı olması nedeniyle bu şekle uyulmadan yapılan yetki sözleşmesi butlan ile maluldür denilebilir mi? Yani sözleşme başlangıçta geçerli bir şekilde kurulmamıştır. Dolayısıyla sözleşme baştan itibaren geçersizdir ve bu sözleşmenin sonradan düzeltilebilmesi mümkün değildir⁶⁹⁷. Ancak butlan görüşünün de icra sözleşmeleri için doğrudan uygulanamayacağını düşünüyoruz. Çünkü butlan görüşünün kabul edilmesi durumunda sözleşmenin geçersizliğinin icra müdürü tarafından resen gözetilmesi gerekir. Oysa icra müdürünün böyle bir yetkisi yoktur. Somut örnek olarak yine yetki sözleşmesini verebiliriz. Kanun, yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasını öngörmüş, ancak sözleşme yazılı şekilde yapılmamış olsa dahi icra dairesi kendi yetkisizliğini gözetemeyeceği için burada alacaklı, yetki sözleşmesine dayansa bile icra dairesi bu şekil eksikliğini ve bundan dolayı kendi yetkisizliğini resen göz önünde tutamayacaktır. Butlan yaptırımının bu sonucu uygulanmadığı için böyle bir durumda butlandan söz etmek mümkün değildir⁶⁹⁸.

Yapılan açıklamalardan maddî hukuktaki hükümsüzlük kuramlarının takip hukukunda doğrudan uygulanamayacağı, bunların takip hukukunun bünyesine uygun düşmeyeceği görülmektedir. Maddî hukukta öngörülen hükümsüzlük kuramlarının sonuçları icra hukukuna uygun düşmemektedir. Bu nedenle icra sözleşmesi için öngörülen bir şekil olmasına rağmen, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmenin hükümsüzlüğü takip hukukuna özgü bir geçersizliktir. Nitekim hükümsüzlüğün, kanunun emredici kurallarının amacına ve bunlarla elde edilmek istenen menfaatler dengesine uyacak şekilde çeşitli derecelerden oluştuğu kabul edilmektedir⁶⁹⁹. Buradaki şekil eksikliği taraflarca ileri sürülebilir. Taraflardan birisi ileri sürmediği müddetçe şekle aykırılığın icra dairesi veya icra mahkemesi tarafından re'sen göz önünde bulundurulması mümkün değildir.

⁶⁹⁶ Konuya ilişkin geniş bilgi için bkz.: Eren, s.261 vd.

⁶⁹⁷ Jale Güral, Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medenî Kanununun Sistemi, Ankara 1953, s.35.

⁶⁹⁸ Şekle aykırı olarak yapılan maddî hukuk sözleşmeleri bakımından da hangi yaptırımın uygulanması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Biz yukarıda icra sözleşmeleri için uygulanması düşünülebilecek olan butlan ve iptal edilebilirlik görüşlerinin icra sözleşmeleri için uygulanmasının mümkün olmadığını gösterdik. Bu konuda geniş bilgi için ve maddî hukuktaki diğer görüşler için bkz. Altaş, s.89 vd.

⁶⁹⁹ Güral, s.235.

Borcun taksitle ödenmesine ilişkin sözleşmeler için, yukarıda⁷⁰⁰ bu sözleşmelerin icra tutanağına geçirilmesi gerektiğini belirttik. Taksitle ödeme sözleşmelerinin icra tutanağına geçirilmemesi halinde kanunun bu sözleşmelere bağladığı bazı sonuçlar meydana gelmeyecektir. Dolayısıyla kanunda belirtilen sonuçların ortaya çıkabilmesi bakımından icra tutanağına geçirilmesi gerekir. Taksitle ödeme sözleşmesi icra tutanağına geçirilmediği müddetçe icra takibinin durması, sürelerin durması ve bu nedenle haciz istenememesi veya satış istenememesi gibi sonuçlar doğmayacaktır. Ancak sözleşme icra tutanaklarına geçirilirse saymış olduğumuz bu sonuçlar doğacak ve m.340'ta belirtilen cezai yaptırımlar uygulanabilecektir. Buna karşılık, taraflar arasında sözleşmenin kurulması bakımından, sözleşmenin icra tutanağına geçirilmemiş olması önemli değildir. Tutanağına geçirilmemiş olsa dahi sözleşme kurulmuş olur⁷⁰¹. Sözleşmenin tutanağına geçirilmesi, tutanağın geçerli olması bakımındandır⁷⁰²; yoksa sözleşmenin geçerliliği bakımından bir önemi yoktur. Sözleşmenin tutanağına geçirilmesi bir yönüyle de kanunun icra dairesi görevlilerine yüklediği bir yükümlülüktür⁷⁰³. Çünkü İcra ve İflâs Kanunu'nun 8.maddesine göre, icra ve iflâs daireleri yaptıkları işlemler ve kendilerine yapılan başvurular hakkında bir tutanak düzenlerler.

Bu sözleşmelerin icra dairesi önünde yapılması veya yapılan sözleşmenin daha sonra icra tutanağına geçirilmiş olması bakımından bir farklılık söz konusu olmayacaktır. Acaba taksitle ödeme sözleşmesi icra dairesi önünde yapılmamışsa, bu sözleşmenin icra tutanağına bir ek olarak konulması yeterli midir, yoksa sözleşme mutlaka icra tutanağına yazılı olarak geçirilmeli midir? İcra ve İflâs Kanunu'nda konuya ilişkin herhangi bir hüküm yoktur. Bu konuda yol gösterebilecek bir hüküm İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 20.maddesinin ikinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre, "Yazı ile veya sözlü olarak yapılan talepler, itirazlar ve her türlü beyanlar derhal

⁷⁰⁰ § 6-C-I ve II.

⁷⁰¹ "... Borçlu ve alacaklı tarafından kararlaştırılan ödeme koşuluna ait tutanağın, ilgililer ve icra müdürü veya yardımcısı veya katibi tarafından imzalanması zorunluluğu bulunmakta ise de bu zorunluluk, İY'nin 8.maddesi uyarınca tutanakların aleniyeti ve ispat kuvvetinden kaynaklanmaktadır. İmza, sözleşmenin değil, tutanağın geçerlilik şartı olup, icra memurları bu taahhütte taraf olmadıklarından içeriğine müdahale edememekte, sözleşme sadece icranın tarafları arasında yapılmaktadır ...". (CGK 29.1.2002 2001/17.HD.-295, 2002/14, YKD 2002/8, s.1245).

⁷⁰² Talih Uyar, İcra Tutanakları, TNBHD 1980/27, s.31.

⁷⁰³ Uyar, Tutanak, s.30.

ait olduğu tutanağa geçirilir ve bunların altı ilgilisi ve icra müdürü veya yardımcısı veya katibi tarafından, tarih belirtilerek imza edilir”. Bu maddede yer alan “tutanağa geçirilir” ifadesinden acaba mutlaka tutanağa tekrar yazılması mı anlaşılmalı, yoksa taksitle ödeme sözleşmesinin tutanağa eklenmesi ve bu eklemenin yapıldığının tutanağa yazılması yeterli midir? Kanaatimizce sözleşmenin bizzat tutanağa tekrar yazılması gerekmemelidir, sadece tutanağa eklenmesi ve bu eklemenin yapıldığının tutanağa yazılması yeterli olmalıdır⁷⁰⁴. İcra tutanağına eklendiği yazılı olan belgelerin içeriği tutanak metni hükmünde olmalıdır⁷⁰⁵. Taraflar icra dairesi önünde değil de kendi aralarında taksitle ödeme sözleşmesini yapmışlarsa, bunu icra müdürüne vererek aralarında taksitle ödeme sözleşmesi yaptıklarını belirtip, yazılı taksitle ödeme sözleşmesini icra müdürüne verirler. İcra müdürü Yönetmelik madde 20’de belirtilen şartlardan birisinin eksik olup olmadığını kontrol eder, bunlardan birisi eksik ise bunu tamamlattırmalıdır. Örneğin sözleşmenin altı taraflarca imzalanmamışsa veya tarih atılmamışsa bu eksiklikler giderilmeli ve icra müdürü veya yardımcısı ya da katibi de bunu imzalamalıdır. Daha sonra bunun, tutanağa eklenmesinin yeterli olacağı kanaatindeyiz.

§ 9. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ VE ETKİLERİ

A. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN İLERİ SÜRÜLMESİ

İcra sözleşmelerinin kendisinden beklenen sonucu tam olarak doğurabilmesi, sözleşmeden beklenen sonuçlardan tarafların pratik olarak faydalanabilmesi için sözleşmeye aykırılık halinde, bu sözleşmeye aykırılığın ileri sürülebilmesi ve bunun için hukukî çarelerin olması gerekir⁷⁰⁶. Aksi takdirde, sözleşmeye aykırı bir davranış ortaya çıktığında, bir hukukî çare bulunmaması

⁷⁰⁴ Mahkeme dışında yapılan sulhün mahkeme huzurunda yapılan sulhe dönüşmesi bakımından kabul edilen bu görüşün (bkz. Süha Tanrıver, Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler, SBF 1994/1-6, s.338) icra sözleşmeleri için de geçerli olacağı düşüncesindeyiz.

⁷⁰⁵ HUMK m.151, III hükmüne göre, duruşma tutanağında, eklendiği belirtilen belgelerin içeriği de tutanak metni hükmündedir. (Geniş bilgi için bkz. Tanrıver, Sulh, s.337-339). Dolayısıyla aynı esasın icra tutanakları için de geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. İcra tutanağında, tutanağa eklendiği belirtilen taksitle ödeme sözleşmesinin içeriği tutanak metni gibi değerlendirilmelidir.

⁷⁰⁶ Hochgraefe, s.66; Raatz, s.51.

sözleşmenin pratik önemini de ortadan kaldıracak, sözleşmeyle tarafların üstlendiği edimler adeta eksik bir borç haline dönüşecektir.

Genel olarak düşünüldüğünde icra hukukunda taraflara sunulan iki temel hukukî çare vardır. Birisi şikayet ve diğeri de itirazdır.

Taraflar icra müdürünün görevinden dolayı göz önünde bulundurması gereken konularda şikayet yoluna başvurabilecekler, bunun dışındaki konularda ise itiraz yoluna başvurmaları gerekecektir. Bunun yanı sıra icra sözleşmesine aykırı davranılması halinde, aykırı davrananın borçlar hukuku anlamında tazminat sorumluluğunun doğacağı görüşü ileri sürülmüştür⁷⁰⁷. Ancak bu iyi ve kesin bir çözüm olmaması bakımından eleştirilmiştir. Alacaklının yürüttüğü icra takibi sonucu borçlu için bir çok defa telafisi mümkün olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır⁷⁰⁸. Bu durum borçluyu çoğu zaman ekonomik olarak da zor duruma sokacaktır. Borçlu taahhütlerini zamanında yerine getiremeyebilir ve bundan ticarî itibarı önemli ölçüde zedelenebilir. Bütün bunlardan dolayı kanaatimizce de sözleşmeye aykırı davranıştan dolayı sadece tazminat sorumluluğunun ileri sürülebilmesi yeterli bir çözüm olmayacaktır.

I. İtiraz Yoluna Gidilmesi Gerektiği Görüşü

1. Görüş

İtiraz yoluna gidilmesi gerektiğini ileri sürenler, bu hükmün doğrudan uygulanamayacağını ancak kıyasen uygunlanmasının mümkün olduğunu belirtmektedirler⁷⁰⁹. Çünkü Alman Hukuku'nda itirazı düzenleyen hükme göre, borçlu tarafından ileri sürülen ve hüküm ile tespit edilmiş olan maddî hakkı ilgilendiren konular, ancak itiraz yoluyla ileri sürülebilir⁷¹⁰. Buna karşılık icra sözleşmesi hükümlerle tespit edilen maddî hakla ilgili değildir, burada sadece icra takibinde alacaklının icra imkanlarını kullanmasında sözleşmeye aykırılık vardır. Bu nedenle itiraz yolunun doğrudan kullanılması söz konusu değildir⁷¹¹.

⁷⁰⁷ Roquette, s.167.

⁷⁰⁸ Raatz, s.65.

⁷⁰⁹ Raatz, s.77.

⁷¹⁰ ZPO § 767.

⁷¹¹ Hochgraefe, s.55; Raatz, s.57-59.

Sözleşmeye aykırılık halinde doğrudan itiraz yoluna gidilememesi, bu konuda bir boşluk olup olmadığı veya açık bir hukukî çarenin öngörülmemiş olmasının, kanun koyucunun bilinçli bir davranışı olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Zira kanunda itiraz veya şikayet yoluna başvurulabilecek durumlar sayılmıştır. Ancak icra sözleşmelerine aykırılık halinde hangi hukukî çarenin kullanılacağı kanundan anlaşılamamaktadır⁷¹². Sözleşmeye aykırı bir şekilde yürütülen icra takibi üzerine icra müdürü bunu resen dikkate almaya ne yükümlüdür ne de yetkilidir. İcra müdürünün bunu kendiliğinden dikkate alamaması ve konuya ilişkin kanunda düzenleme olmaması, böyle bir durumda herhangi bir hukukî yola müracaat edilemeyeceği anlamına gelmez. Burada kanunda bir boşluğun olduğu açıktır⁷¹³.

Kanundaki bu boşluğun doldurulması için en uygun yol, icra sözleşmesine aykırılık halinde itiraza ilişkin hükmün⁷¹⁴ kıyasen uygulanmasıdır. Çünkü şikayet yolunun⁷¹⁵ kıyasen kullanılması mümkün değildir. Zira şikayet üzerine icra mahkemesinin inceleme yapması için, şikayet konusunun icra sürecine ilişkin olması gerekir. Oysa icra sözleşmeleri maddî hakkı ilgilendirmeleri nedeniyle icra mahkemesinin inceleme yapma yetkisi dahilinde değildir. Bu sözleşmeler maddî hukuk sözleşmesidir ve icra sürecinin dışındadır⁷¹⁶. Ayrıca burada icra müdürünün bir işlemine karşı gelinmemekte, taraflardan birisinin yaptığı sözleşmeye aykırı davranışa karşı gelinmektedir. Bu nedenle şikayet yolunun kıyasen uygulanması mümkün değildir. İcra sözleşmesine aykırılık halinde itiraza ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması en iyi yol olacaktır⁷¹⁷.

Gerçi icra sözleşmesine aykırılıkta mahkeme tarafından tespit edilen maddî hakkı ilgilendiren bir şikayet yoktur, ama yine de sözleşmeye aykırılık olması halinde başvurulabilecek en uygun yol kıyasen itiraz yoludur. Çünkü yürütülen icra takibinin geçersizliğinin sağlanması itiraz yolunun kıyasen uygulanmasıyla mümkün

⁷¹² Hochgraefe, s.59, 60; Raatz, s.59.

⁷¹³ Raatz, s.61; Hochgraefe, s.60, 61.

⁷¹⁴ ZPO § 767.

⁷¹⁵ ZPO § 766.

⁷¹⁶ Yukarıda belirttiğimiz üzere bu görüşü savunan Raatz icra sözleşmelerini maddî hukuk sözleşmelerinin bir türü olarak kabul etmektedir (bkz. yuk. § 3-B).

⁷¹⁷ Raatz, s.64.

olabilir. Bu yola başvurulması sözleşmenin kapsamının ve etkilerinin belirlenmesi, sözleşmenin yorumlanması, maddî hukuk sözleşmeleriyle olan sınırının belirlenmesi bakımından daha uygundur⁷¹⁸.

Türk Hukuku'nda, borçlunun bazı mallarının sözleşmeyle haczin kapsamı dışında bırakılabileceğini belirten bir görüş, bu sözleşmeye aykırılık halinde şikayet yoluna değil, itiraz yoluna gidilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁷¹⁹. Ancak bu görüşü ileri sürenlerden Pekcanitez, borçlu ve alacaklının, borçlunun sadece taşınır mallarının haczedilebileceğine ilişkin yaptıkları sözleşmeye aykırılığın şikayet yoluyla ileri sürülemeyeceğini belirtmekte; ancak icra müdürünün borçlunun taşınmazını haczetmesi üzerine, borçlu, alacaklıyla yaptıkları sözleşmeyi ibraz ederek haczin kaldırılmasını isterse, memurun haczi kaldırması gerektiğini, aksi takdirde borçlunun, memurun olumsuz davranışı nedeniyle şikayet yoluna gidebileceğini belirtmektedir⁷²⁰.

2. Görüşün Eleştirisi

İcra sözleşmesinin ihlal edilmesi durumunda itiraz yoluna gidilmesi gerektiğini savunanlar, gerçi kendi içinde tutarlı hareket etmekte⁷²¹ ve sözleşmeye aykırılık halinde de itiraz yoluna gidilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak birinci bölümde⁷²² tespit ettiğimiz üzere bu sözleşmeler icra sürecini etkileyen ve asıl etkilerini icra hukukunda meydana getiren sözleşmeler olması nedeniyle, icra sözleşmeleri maddî hakkı değil, icra sürecini etkilemektedir ve bunun için itiraz yoluna gidilmesi mümkün değildir⁷²³.

Ayrıca Alman doktrininde, icra sözleşmelerine aykırılık halinde, itirazı düzenleyen hükmün⁷²⁴ uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmektedir. Çünkü söz

⁷¹⁸ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.391. Bu yazarlar, sözleşmeye aykırı yürütülen icra takibi üzerine kıyasen şikayet yoluna başvurulabilmesi ihtimalinin de düşünülebileceğini, ancak kıyasen itiraz yoluna başvurma'nın daha doğru gerekçelere dayandığını belirtmektedir.

⁷¹⁹ Postacıoğlu, s.60; Pekcanitez, s.59.

⁷²⁰ Pekcanitez, s.59.

⁷²¹ Zira yukarıda belirttiğimiz üzere, bu görüşü savunanlar genellikle icra sözleşmelerini maddî hukuk sözleşmelerinin bir türü olarak nitelendirmektedirler.

⁷²² Bkz. yuk. § 3-D.

⁷²³ Roquette, s.167.

⁷²⁴ ZPO § 767.

konusu hükme göre, sadece maddî hukuktan kaynaklanan itiraz sebepleri bu madde çerçevesinde ileri sürülebilir. Oysa icra sözleşmesine aykırılık halinde maddî hukuka ilişkin bir itiraz ileri sürülmemektedir. İcra takibi yapılmasının geçerli olmadığı veya alınan icra önleminin geçerli olmadığı ileri sürülmektedir⁷²⁵. Sözleşmeye aykırılık halinde itirazın unsurları meydana gelmemektedir. Söz konusu paragrafın metninden de bu anlaşılmaktadır. Zira sözleşmeye aykırılık halinde takibin şekli kurallarına karşı gelinirken, itirazda ise maddî hakkı ilgilendiren sebepler vardır⁷²⁶.

Sözleşmeye aykırılığın ileri sürülmesi için itiraz yoluna gidilmesi şikayet yoluna göre daha karmaşık ve daha masraflıdır. Daha kolay ve ucuz bir yol olan şikayet varken itiraz yoluna gidilmesinde hukukî yarar yoktur⁷²⁷.

II. Şikayet Yoluna Gidilmesi Gerektiği Görüşü

1. Görüş

İcra sözleşmelerine aykırılık halinde başvurulacak hukukî çarenin şikayet olması gerektiğini savunanların en temel dayanak noktasını, sözleşmenin ihlali halinde, alacaklının talebine ilişkin bir durumun söz konusu olmaması, icra takibinin şekline veya icra takibinin zamanına ya da haczin konusuna gibi icra sürecini ilgilendiren bir durumun olması, yani icra sözleşmesinin maddî hukuku değil icra hukukunu ilgilendirmesi ve etkilerini bu alanda meydana getirmesi nedeniyle itiraz yoluna gidilemeyeceği, bunun için böyle bir durumda şikayet yoluna gidilmesi, gerekçesi oluşturmaktadır⁷²⁸. İcra sözleşmesine aykırılık halinde, yürütülen icra takibinin geçerliliği tartışıldığı için en uygun hukukî yol şikayettir. Taraflar arasında bir icra sözleşmesinin olması, usulî bir engelin olması anlamına gelir. Sözleşmeye aykırılık olması, yürütülen icra takibinin geçerlilik şartlarından birisinin eksik olduğu anlamına gelir. İcra sözleşmesine aykırılık maddî hakkı ilgilendirmemekte, buna karşılık yürütülen icra takibinin geçerliliğini ilgilendirmektedir. Yani burada icra takibinin şekli bir şartı eksiktir. Dolayısıyla böyle bir ihlal karşısında

⁷²⁵ Hochgraefe, s.52, 53; Bohn, Diss., s.75; Mohrbutter/Mohrbutter, s.114; Brox/Walker, s.128; BGH, Urt. v. 11.12.1967 NJW 1968/15, s.700.

⁷²⁶ Bohn, Diss., s.77.

⁷²⁷ Emmerich, s.436; Rinck, s.186.

⁷²⁸ Mette, s.91; Bohn, Diss., s.78; Schiedermaier, s.135; Schug, s.191; Raatz, s.77; Schönke/Baur/Stürner, s.125; Grunsky, s.106.

başvurulabilecek yol şikayet⁷²⁹ yoludur. Bu konuda herhangi bir tereddüde düşülmemelidir. Çünkü icra takibinin şekline veya icra engellerine yönelik iddialar, ancak şikayet yoluyla ileri sürülebilir⁷³⁰. Ayrıca şikayet yolu hem daha kolay hem de daha ucuz bir hukukî çare olduğu için tercih edilmelidir. Şikayet yolu daha ucuz ve kolay olması nedeniyle itiraz yoluna başvurulmasında hukukî yarar yoktur⁷³¹.

Örneğin icrayı engelleyen bir sözleşmeyle alacaklının, borçlusu aleyhine belirli bir süre icra takibi yapamayacağı kararlaştırılmışsa, ancak alacaklı bu sözleşmeye rağmen borçlusuna karşı icra takibi başlatmak istiyorsa, icra takibinin gerekli şartları oluşmadığı için yapılmak istenen icra takibi geçerli değildir. Çünkü bu durumda alacaklının icra takibi yapma hakkı yoktur⁷³². Alacaklının icra takibini yürütebilmesi için, alacağının icra edilebilir olmasının yanında, icra takibi yapabilmek için usulî bir hakkının da olması gerekir. Alacaklı borçlusuyla geçerli bir şekilde yapmış olduğu icra sözleşmesiyle borçlusuna karşı icra takibi yapma yetkisinden vazgeçmişse, artık icra takibinin şekli geçerlilik şartlarından birisi eksiktir. Bu nedenle yürütülen takibin geçersizliğine ilişkin iddialar şikayet konusu olacaktır. Bu hukukî çare takip sırasında yapılan bütün takip işlemlerinin geçerli olup olmaması bakımından uygulama alanı bulur⁷³³.

İcra organlarının, sözleşmeye aykırı bir şekilde takip başlatması veya herhangi bir takip işlemini yapması halinde, icra organları kanun hükümlerini ihlal etmiş gibi değerlendirilmesi ve bunun için öngörülen hukukî çare olan şikayet yoluna gidilmesi gerekir⁷³⁴. Gerçi burada herhangi bir kanun hükmünün ihlali söz konusu değildir, bir sözleşmenin ihlali vardır. Ancak ihlal unsurlarının birbirine benzerliği nedeniyle şikayet yoluna gidilmesi daha uygundur⁷³⁵.

Sözleşmeye aykırılık halinde itiraz yoluna veya kıyasen itiraz yoluna gidilemeyeceğini, aynı zamanda şikayet yolunun da doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığını ileri süren görüşe göre ise, ancak şikayet yolunun kıyasen

⁷²⁹ ZPO § 766.

⁷³⁰ Emmerich, s.436; Schiedermaier, s.135, 136; Bohn, Diss., s.78.

⁷³¹ Rinck, s.186; Emmerich, s.436.

⁷³² Bohn, Diss., s.78.

⁷³³ Bohn, Diss., s.79.

⁷³⁴ Schiedermaier, s.133; Mette, s.23.

⁷³⁵ Jauernig, s.6.

uygulanması mümkündür⁷³⁶. Şikayet yolu doğrudan uygulanamaz, çünkü icra müdürünün sözleşmeyi doğrudan dikkate alması mümkün değildir⁷³⁷. Aynı zamanda sözleşmenin alacaklı veya borçlu tarafından ihlal edilmesi durumunda, icra müdürü herhangi bir kanun hükmünü ihlal etmiş değildir. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılığa rağmen yürütülen icra takibi veya yapılan icra takip işlemi kendiliğinden geçersiz değildir. Çünkü ihlal edilen sözleşmenin tarafları alacaklı ve borçludur, buna karşılık icra müdürü söz konusu sözleşmenin tarafı değildir. Sözleşmenin ihlali durumunda şikayet yolunun kıyasen uygulanması sözleşmenin ihlalinden zarar gören kişi için en uygun yol olacaktır⁷³⁸.

Şikayete ilişkin kuralların sözleşmeye aykırılıkta kıyasen uygulanmasına gerek olmadığını, bunun doğrudan uygulanabileceğini ileri süren Rinck'e göre, şikayet yoluna başvurabilmek için, icra müdürünün kanun hükmünü ihlal etmiş olması gerekmez. Bir diğer anlatımla şikayet yoluna başvurabilmek için kanunun herhangi bir hükmünün icra müdürünce ihlal edilmiş olması gibi emredici bir kural yoktur. Dolayısıyla doğrudan şikayet yoluna gidilebilir⁷³⁹.

2. Görüşün Eleştirisi

Şikayet yoluna hangi hallerde gidilebileceği kanunda belirlenmiştir⁷⁴⁰. Buna göre, sözleşmeye aykırılık nedeniyle şikayet yoluna gidilmesi söz konusu değildir. Yürütülen takibin çeşidine veya icra müdürü tarafından dikkate alınması gereken bir kanun hükmünün dikkate alınmaması ya da kanun hükmünün ihlal edilmiş olması, örneğin alınması gereken icra önlemlerinin alınmaması veya icra müdürüne kanunen yüklenmiş bir görevin yapılmaması durumlarında şikayet yoluna gidilebilir⁷⁴¹.

⁷³⁶ Hochgraefe, s.71; Lackmann, s.42; Schönke/Baur, s.31; Gaul, Zulaessigkeit, s.349; Brox/Walker, s.128; Mohrbutter/Mohrbutter, s.114.

⁷³⁷ Hochgraefe, s.71; Schönke/Baur, s.31.

⁷³⁸ Hochgraefe, s.71.

⁷³⁹ Rinck, s.184.

⁷⁴⁰ Alman Medenî Usul Kanunu'nun 766. paragrafına göre, icra takibinin çeşidine veya icra müdürünün göz önünde bulundurması gereken bir usule ilişkin nedenlerle şikayet yoluna başvurulması halinde bunu icra mahkemesi inceler. Türk hukukunda da m.16'da şikayet sebepleri belirtilmiştir. Buna göre, kanuna aykırılık, hadiseye uygun olmama, bir hakkın yerine getirilmemesi ve bir hakkın sebepsiz sürüncemede bırakılması şikayet nedenleridir (Türk Hukuku'ndaki şikayet sebepleri için bkz. Pekcanitez, s.57 vd.).

⁷⁴¹ Hochgraefe, s.57; Schilken, s.284; Raatz, s.54.

İcra memurlarının sözleşmeye aykırı icra takip işlemlerini yürütmesi durumunda, sanki kanun hükmü ihlal edilmiş gibi, şikayet yoluna başvurulacağı şeklindeki görüş kabul edilemez. Çünkü öncelikle icra sözleşmesi taraflar arasında yapılmış bir sözleşmedir ve icra müdürünün bundan haberdar olması söz konusu değildir. İcra müdürü sözleşmeden bir şekilde haberdar olsa bile bunu neye dayanarak göz önünde tutacaktır? Bu konulara ilişkin bir açıklık yoktur⁷⁴². İcra sözleşmelerinin, icra memurları tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulmaları mümkün değildir; bu sözleşmelerin icra müdürünce dikkate alınmaması herhangi bir icra normunun ihlali anlamına gelmez. Çünkü icra dairesinin ne takip yapan kişinin talebinin gerçek olup olmadığını ne de yürütülen takibin meşru olup olmadığını inceleme yetkisi vardır. İcra memuru sadece kanunda sınırlı bir şekilde sayılan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate alabilir. Bunun dışında başkaca bir şeyi dikkate alması düşünülemez. İcra dairesi sadece kanunen aranan bazı şekli şartların oluşup oluşmadığını kontrol edebilir. Ayrıca icra sözleşmesine aykırı hareket edilmesi durumunda icra müdürünün bir hareketi değil, alacaklının bir hareketi, yani sözleşmeyi ihlal etmesi söz konusudur⁷⁴³.

III. Diğer Görüşler

Belirttiğimiz ve en çok üzerinde durulan şikayet ve itiraz yollarına başvurulması gerektiğini ileri süren görüşlerin yanında, icra sözleşmesinin ihlal edilmesi durumunda, sözleşmeye aykırı davranıştan kaçınması için alacaklıya dava açılması gerektiğini veya sözleşmeye aykırı davranan tarafa karşı tazminat davası açılması gerektiği şeklinde görüşler de ileri sürülmüştür⁷⁴⁴. Çünkü her sözleşme hak sahibine öncelikle hakkının yerine getirilmesi talebini verir. İcra sözleşmeleri de diğer sözleşmelerle aynı şekilde hak sahibine bu talebi vermektedir. Bu talep de, öncelikle hak sahibine sözleşmeye aykırı davranıştan kaçınması için karşı tarafa dava açma hakkını verir. Zira yapılan icra sözleşmesiyle alacaklı, borçluya karşı icra takibini belirli

⁷⁴² Schug, s.124.

⁷⁴³ Raatz, s.54; Hochgraefe, s.58.

⁷⁴⁴ Roquette, s.171, 172.

sınırlar içinde yürütme yükümlülüğü altına girmiştir⁷⁴⁵. Alacaklı bu sözleşmeyle böyle bir yükümlülüğün altına girmiş olması nedeniyle, sözleşmede belirtilen sınırları aşacak şekilde icra takibini yürütmekten kaçınmalıdır. Eğer bu yükümlülüğünü ihlal ederse borçlunun da, buna karşı tecavüzün önlenmesi davası (Unterlassungsklage) açması mümkündür⁷⁴⁶.

Ancak sözünü ettiğimiz, sözleşmeye aykırı davranıştan kaçınma yönünde veya tazminat davası açılması şeklindeki görüşlere fazla itibar edilmemiştir. Çünkü bunlar, sözleşmeden zarar gören kişiye gerekli korumayı sağlayamayacaktır. İcra takibiyle alınan önlemler sonucu ortaya çıkan zararın sadece maddî bir zarar olmaması nedeniyle, bunun tazminat davasıyla giderilmesi veya icra takibiyle ortaya çıkan sonuçların giderilmesi çoğu zaman mümkün olmayabilir. Örneğin borçlu açısından manevi değeri olan bir eşya için, borçlu ve alacaklı hacedilmezlik konusunda daha önceden sözleşme yapmışlar, ama buna rağmen o mal hacedilmiş ve satılmışsa, o malın maddî değeri borçluya geri ödense bile, ödenen tazminat borçlu için manevi açıdan ikame bir değer taşımayacaktır⁷⁴⁷.

Ayrıca tecavüzün önlenmesi davası ileriye yönelik sonuçlar doğuracak, ileride gerçekleşme ihtimalî olan davranışları önlemeye yönelik olacaktır; buna karşılık ortaya çıkmış sonuçların giderilmesi bakımından etkili olmayacaktır. Söz konusu dava sadece bundan sonra alacaklı tarafından talep edilen icra önlemlerinin alınmasına engel olabilecektir. Borçlu bu davayla istediği sonuçlara tam olarak ulaşamaz. Ancak icra takibi henüz başlatılmamışsa ve yakında başlatılma olasılığı varsa, söz konusu dava yeterli korumayı o zaman sağlayabilir. Bu nedenle tecavüzün önlenmesi davası borçlu için yeterli korumayı sağlayamaz⁷⁴⁸.

Diğer taraftan tecavüzün önlenmesi davası açılması durumunda, bu davanın açılmış olması icra takibini doğrudan durdurmayaacağı ve kural olarak icra takibi devam edeceği için icra sözleşmesinin ihlalden zarar gören icra takip işlemlerinin devam etmesine engel olamayacaktır. Çünkü söz konusu durum için kanunda yer alan özel bir

⁷⁴⁵ Bu fikri savunan Roquette, yukarıda açıkladığımız üzere, sadece icrayı daraltan (yani alacaklının icra imkanlarını sınırlandıran) icra sözleşmelerini kabul etmekte, diğer icra sözleşmelerinin geçersiz olduğunu ileri sürmektedir.

⁷⁴⁶ Roquette, s.167.

⁷⁴⁷ Raatz, s.65.

⁷⁴⁸ Schug, s.113;Bohn, Diss., s.91.

düzenleme yoktur. Bu görüşü savunanlar öncelikle icra süreci içinde öngörülen hukukî çarelerle, bundan tamamen farklı olan hukukî çareleri birbirinden ayırt etmeden söz konusu davanın açılabilirliğini savunmaktadırlar. Oysa icra süreci içinde bir ihlalin olması durumunda itiraz⁷⁴⁹ veya şikayetten⁷⁵⁰ başka bir hukukî çareye başvurulması mümkün değildir⁷⁵¹. Bu davanın icra takipleri için düzenlenmiş bir dava olmaması sözleşmenin ihlalinin zarar gören kişi için yeterli korumayı sağlayamayacaktır⁷⁵². Bu nedenle söz konusu dava, borçluyu koruyacak ve alacaklının sözleşmeye aykırı takip işlemleri yürütmesine engel olabilecek kesin bir çözüm değildir⁷⁵³. Kanun koyucu icra takibi içinde alacaklı ve borçluya, icra takibine özel hukukî yollar öngörmüştür. Bu nedenle sözleşmenin ihlalinin de icra prosedürü içinde öngörülen bu özel yollara başvurmak taraflar için daha elverişli olduğundan diğer dava yollarının tercih edilmesi çoğu zaman hukukî yararın olmaması nedeniyle mümkün değildir⁷⁵⁴. Örneğin şikayet veya itiraz yoluna gidilebilecekken yürütülen icra takibinin geçersiz olduğunun tespiti için bir tespit davası açılmak istenirse, tespit davası hukukî yararın yokluğu nedeniyle reddedilecektir⁷⁵⁵. Zira davacı açacağı tespit davasıyla sadece genel mahkemeden yürütülen icra takibinin geçerli bir takip olmadığını tespitini sağlayabilir. Ancak doğrudan icra takibine etki edemeyecektir. Buna karşılık icra takibi için öngörülen hukukî çarelere başvurulması durumunda icra hukukuna özel önlemlerin alınması ve dolayısıyla doğrudan icra takibine etki edilmesi mümkün olacaktır⁷⁵⁶.

IV. Görüşümüz

Bizim takip hukuku sistemimizde icra sözleşmelerine aykırılık halinde başvurulabilecek genel bir hukukî yol öngörülmemiştir. Konuya ilişkin olarak kanunumuzda, sadece yetki itirazının esas hakkındaki itiraz ile birlikte ileri sürülmesi gerektiği ve bunun icra mahkemesi tarafından inceleneceği öngörülmüştür (m.50, II). Kanunun, bu hükmünde yetki sözleşmesine aykırılık halinde de itiraz yoluna

⁷⁴⁹ ZPO § 767.

⁷⁵⁰ ZPO § 766.

⁷⁵¹ Rinck, s.164.

⁷⁵² Rinck, s.165; Bohn, Diss., s.90; Hochgraefe, s.69.

⁷⁵³ Raatz, s.69.

⁷⁵⁴ Emmerich, s.437; Bohn, Diss., s.86.

⁷⁵⁵ Bohn, Diss., s.86.

başvurulacağını açıkça öngörülmemekte, sadece takibin başlatıldığı icra dairesinin yetkisiz olması durumunda bu yetkisizliğin itiraz olarak ödeme emrine itiraz süresi içinde ileri sürülmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte yetki sözleşmesine aykırılık olması durumunda da m.50, II'ye göre yine itiraz yoluna gidilmelidir. Kanunun bu hükmü dar yorumlanmamalı ve sözleşmeye aykırılığı da kapsamalıdır.

Kanunda bu şekilde bir düzenlemenin olmasından hareketle, acaba bütün sözleşmeye aykırılık hallerinde itiraz yoluna gidilebileceğini söylemek mümkün müdür? Sözleşmeye aykırılıkların tamamında itiraz yoluna gidilmesi mümkün değildir. Zira bizim sistemimizde itiraz sadece ödeme emrine itiraz olarak düzenlenmiştir. Ödeme emrine itiraz ise, süreye bağlıdır ve bu sürenin geçmesinden sonra itiraz yoluna başvurulması kural olarak mümkün değildir. Ödeme emrine itiraz süresi genel haciz yolunda yedi gün (m.62, I), kambiyo senetlerine mahsus takipte ise beş gündür (m.168/b.5). Ancak tarafların yapmış oldukları icra sözleşmesine aykırılık mutlaka bu süreden önce veya bu süre içinde ortaya çıkmayabilir. Sözleşmeye aykırılığın ödeme emrine itiraz süresinden sonraki bir dönemde çıkma olasılığı da vardır.

Acaba ödeme emrine itiraz süresinin geçmesinden sonraki bir zamanda sözleşmeye aykırılık olması durumunda ilgili tarafa gecikmiş itiraz yoluna başvuru hakkı verilebilir mi? Gecikmiş itiraz yoluna başvuru istisnaî bazı durumlar için öngörülmüştür. Buna göre, borçlu kusuru olmaksızın bir engel nedeniyle ödeme emrine itiraz süresi içinde itiraz edememişse, bu itirazını gecikmiş itiraz yoluyla ileri sürebilecektir (m.65). Oysa sözleşmeye aykırılık halinde borçlunun kusuru olmaksızın ödeme emrine itiraz edememesi gibi bir durum söz konusu değildir. Burada sadece sözleşmeye aykırılığın sonradan ortaya çıkması ve ödeme emrine itiraz süresinin de geçmiş olması nedeniyle artık itiraz yoluna başvurulması mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmeye aykırılığın sonradan ortaya çıktığı durumlarda artık gecikmiş itiraz yoluna başvurulması söz konusu olmayacaktır. Ancak ödeme emrine itiraz süresinden önce veya bu süre içinde ortaya çıkmış bir sözleşmeye aykırılık varsa (örneğin borçlunun elinde olmayan bir engel nedeniyle yetki itirazını süresi içinde ileri sürememiş olması gibi) ve borçlu da bunu kusuru olmaksızın itiraz süresi içinde ileri sürememişse ve diğer koşulları da yerine getirmişse, ancak o durumda gecikmiş itiraz yoluna başvurabilir.

⁷⁵⁶ Bohn, Diss., s.89.

Bu noktada hemen şunu belirtelim, bizim takip hukuku sistemimizde maddî hakkı ilgilendiren konuların sadece itiraz yoluyla, buna karşılık takip hukukunu ilgilendiren konuların da sadece şikayet yoluyla ileri sürülmesi gerektiği şeklinde bir düzenleme yoktur. Maddî hukuka dayanan itiraz sebepleri olduğu gibi, takip hukukunu ilgilendiren itiraz sebepleri de vardır. Burada kullanılan itiraz kavramı maddî hukuktaki itiraz kavramıyla aynı olmayıp, ondan daha geniştir. Takip hukukunda kullanılan itiraz, borçlunun hem maddî hukuka hem de takip hukukuna dayanan savunma vasıtalarının tümünü kapsar niteliktedir⁷⁵⁷. Ancak maddî hukuka ilişkin sebeplerle şikayet yoluna gidilmesi mümkün değildir. Çünkü icra müdürünün maddî hukuku ilgilendiren savunma sebeplerini (ifa, ibra, zamanaşımı vs.) inceleme yetkisi yoktur⁷⁵⁸.

Alman hukukundan⁷⁵⁹ farklı olarak hem maddî hukuk sebepleriyle hem de takip hukuku sebepleriyle itiraz yoluna gidilebileceğini belirledikten sonra, icra sözleşmelerine aykırılık halinde hangi hukukî çareye başvurulması gerektiğini tespit etmemiz gerekir. Yukarıdaki tespitler de dikkate alınarak genel çerçevede bakıldığında hem şikayet yoluna hem de itiraz yoluna gidilmesinin mümkün olabileceği görülmektedir.

Kanaatimizce icra sözleşmesine aykırılığın ortaya çıkması durumunda ne zaman şikayet yoluna ne zaman itiraz yoluna gidilebileceğine ilişkin genel geçer bir ilke koymak zordur. Bundan dolayı her bir somut olayda, olayın özelliklerine göre şikayet yoluna mı, yoksa itiraz yoluna mı gidilmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekir. Ancak kanunda yetkiye ilişkin savunma sebeplerinin itiraz yoluyla ileri sürüleceği (m.50, II) öngörüldüğünden burada ayrıca bir değerlendirmeye gerek yoktur. Aynı şekilde, icra takibi kesinleştikten sonra, alacaklı borçlusuna mehil vermişse, kanun bu durumda da borçluya icra mahkemesine başvurarak, icra takibinin ertelenmesini talep etme imkanını vermiştir (m.71, I).

Somut olarak ikinci bölümde incelediğimiz sözleşme tiplerine aykırılık halinde hangi hukukî yola başvurulacağını belirtelim. Sözleşmeyle borçlunun haczi mümkün

⁷⁵⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.150, dn.1.

⁷⁵⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.150, dn.2.

⁷⁵⁹ Alman hukukunda takip hukukunu ilgilendiren, takibin çeşidini ilgilendiren veya icra müdürü tarafından dikkate alınması gereken bir konuyu ilgilendiren savunma sebeplerinin şikayet yoluyla (ZPO § 766) ileri sürülmesi gerekir. Buna karşılık ilam ile tespit edilmiş olan maddî hakkı ilgilendiren bir savunma sebebinin olması durumunda itiraz yoluna (ZPO § 767) gidilmesi gerekir.

olan bir malının haczedilemeyeceği kararlaştırılmışsa, artık alacaklının sözleşmeye aykırı hareket etmesinden söz edebilmek için alacaklının haciz isteme yetkisi olmalı ve borçluyla aralarındaki sözleşmeyle haczedilemeyeceği konusunda anlaşmaları malın haczini istemiş olması gerekir. Dolayısıyla burada alacaklının haciz isteme yetkisinin olması takibin kesinleşmiş olması anlamına gelir. Takibin kesinleşmiş olması ise, artık itiraz yoluna başvurulamayacağı anlamına gelir. Bu nedenle, artık burada, borçluya şikayet yoluna başvurma imkanının tanınması gerekir.

Borçlunun mallarının haczinde bazı mallara öncelikle müracaat edilmesi veya sadece bazı mallarının haczedilebileceği kararlaştırılmışsa, yine haciz aşamasına gelinmiş olacağı için, az önce belirttiğimiz gerekçelerle itiraz yoluna gidilemeyecek, şikayet yoluna gidilmesi gerekecektir. Haczedilmezlikten feragatte de benzer bir durum vardır; burada da itiraz yoluna gidilemez, şikayet yoluna gidilmesi gerekir. Ancak burada şikayet yoluna gidecek olan borçlu değil, alacaklı olacaktır. Zira borçlu haciz sırasında veya hacizden sonraki bir dönemde malının haczedilmezliğinden feragat etmiş, ama buna rağmen daha sonra borçlunun talebiyle veya icra müdürünün resen hareket etmesiyle o mal üzerindeki haciz kaldırılmış ise, alacaklı şikayet yoluna başvurabilecektir.

Taksitle ödeme sözleşmesinde ise durum biraz özellik arz etmektedir. Zira taksitle ödeme sözleşmesi icra tutanaklarına geçirilmektedir. Bu sözleşmelerin icra tutanaklarına geçirilmiş olması nedeniyle, resmi bir belge olan ve bizzat icra müdürü tarafından düzenlenen ve imzalanan bu tutanaklara geçmiş olan taksitle ödeme sözleşmesinin icra dairesince resen gözetilmesi gerekir. Dolayısıyla taksitle ödeme sözleşmesine aykırı olarak, örneğin borçlunun mallarının haczi istenirse, icra müdürü bu talebi reddetmelidir. İcra müdürü haciz talebini reddetmeyip de borçlunun mallarını haczetmek isterse, artık borçlu şikayet yoluna başvurabilecektir.

Alacaklı ve borçlu icrayı engelleyen bir sözleşme yapmışlarsa, ancak bu sözleşmeye rağmen alacaklı icra takibi başlatmış ve borçluya ödeme emri gönderilmişse, bu durumda borçlu sözleşmeye aykırılığı ödeme emrine itiraz süresi içinde ileri sürmek hakkına sahiptir⁷⁶⁰. Çünkü böyle bir sözleşmenin varlığı halinde alacaklının icra takibi yapma yetkisi yoktur. İcra takibinin kesinleşmesinden sonra alacaklı ile borçlunun mehil sözleşmesi yapması durumunda, bu süre içinde alacaklının

⁷⁶⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.151.

icra takip işlemlerinin yapılmasını talep etmemesi gerekir. Buna rağmen alacaklı, borçluya karşı icra takip işlemlerini devam ettirmek isterse, borçlu icra mahkemesine başvurarak icra takibinin ertelenmesini isteyebilir (m.71, I).

İtiraz yoluna gidilememesi nedeniyle şikayet yoluna başvurulması gereken durumlarda, icra sözleşmelerinin icra müdürünce dikkate alınıp alınamayacağı sorunuyla karşılaşılacaktır. Tarafların yaptığı sözleşme, taksitle ödeme sözleşmesinde olduğu gibi, bir şekilde icra tutanaklarıyla tespit edilmişse, bu durumda icra müdürünün sözleşmeyi dikkate alması ve buna uygun hareket etmesi gerekir. Böyle bir durumda sözleşmeye uygun hareket edilmemesi halinde şikayet yoluna gidilebilecektir. Örneğin taksitle ödeme sözleşmesi yapılmış ve bu icra tutanaklarına geçirilmişse, borçlu tarafından taksitle ödeme sözleşmesine uygun olarak ödemeler yapılıyorsa, artık icra takibinin devam etmemesi, borçluya karşı herhangi bir icra takip işleminin yapılmaması gerekir. Buna rağmen, örneğin borçlunun hacizli mallarının satışı için açık artırmaya gidilmişse borçlu şikayet yoluna gidebilecektir. Bu konuda herhangi bir tereddüt olmamalıdır. Zira yapılan sözleşme icra müdürünün de katılımıyla icra tutanaklarında tespit edilmiş durumdadır ve icra müdürü bunu görevinden dolayı gözetmek zorundadır.

Buna karşılık icra sözleşmesi, icra tutanaklarına geçmemiş ise, böyle bir durumda icra müdürünün bundan haberdar olması mümkün olmayacaktır. Sözleşmeden bir şekilde bilgisi olsa bile bunu kendiliğinden gözetmesi söz konusu olamaz. Örneğin borçlu ile alacaklı yaptıkları sözleşmeyle borçlunun öncelikle taşınmazlarının haczedilmesi konusunda anlaşmışlarsa, ama buna rağmen alacaklı, önce borçlunun bir taşınmazını haczettirmek isterse, borçlu hangi yola başvuracaktır? Konuya ilişkin olarak bu sözleşmelerin maddî hukuk sözleşmesi olduğu ve bunlara aykırılık olduğu iddiasının itiraz yoluyla ileri sürülebileceği iddia edilmiştir⁷⁶¹. Ancak burada artık nasıl bir itiraz yoluna gidileceği açıklanmamıştır. Zira burada alacaklının haciz isteme yetkisi varsa takip kesinleşmiş demektir. Takibin kesinleşmiş olması, itiraz süresinin sona erdiği ve dolayısıyla artık itiraz yoluna gidilemeyeceği anlamına gelir. Bu nedenle, artık takip hukuku anlamında bir itirazdan söz edilemez. Buna karşılık ödeme emrine itiraz süresi geçmemiş olduğu varsayılırsa, alacaklının haciz isteme yetkisi olmayacaktır, dolayısıyla henüz borçlunun mallarının haczi mümkün değildir. Bütün bu sebeplerle savunulan bu görüşün isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Borçlu ile alacaklının yaptığı ve borçlunun

⁷⁶¹ Postacıoğlu, s.60.

sadece taşınır mallarının haczedilebileceğini öngören sözleşmeye aykırı şekilde hareket edilerek, borçlunun taşınmaz malının haczi halinde şikayet yoluna gidilemeyeceğini, ancak borçlunun taşınmazının haczi üzerine, borçlu icra müdürüne, alacaklıyla yaptığı sözleşmeyi ibraz eder ve haczin kaldırılmasını talep ederse, memurun haczi kaldırması gerektiği, haczi kaldırmaması durumunda, borçlunun şikayet yoluna gidebileceğini savunan bir başka görüş de vardır⁷⁶². Bu görüşte ise açık olmamakla birlikte, somut olaydaki durumda sanki haciz yapıldıktan sonra sözleşmenin ibrazı üzerine icra müdürünün buna uygun davranmaması halinde şikayet yoluna gidilebileceği, haciz sırasında bunun mümkün olmadığı ve itiraz yoluna gidilmesi gerektiği savunulmaktadır. Böyle bir somut olayda itiraz yoluna gidilmesinin mümkün olmadığını az önce belirttik. Bunun dışında yine somut örnekten hareket edersek, sözleşmeye aykırı şekilde öncelikle taşınmaz malın haczedilmesi, ancak bu haciz işleminden sonra söz konusu taşınmazın tarafların yaptığı sözleşme uyarınca haczedilemeyeceğinin ileri sürülmesi gerektiği şeklinde bir düşüncenin takip ekonomisine uygun olmayacağı kanaatindeyiz. Zira böyle bir durumda icra dairesi gereksiz mesai harcamış olacak, haczin yapıldığını haciz tutanaklarına geçirecek ve bunu örneğin taşınmaz haczinde tapu müdürlüğüne bildirecektir. Bütün bunlar takip ekonomisine aykırıdır ve takibin gecikmesine de sebebiyet verecektir.

Şikayet yoluna gidilmesi bakımından temel sorun sözleşmeden icra müdürünün haberdar olmaması veya haberdar olması halinde ise, bunu dikkate alıp alamayacağı sorunudur. Yukarıda açıkladığımız üzere, çoğu zaman sözleşmeye aykırılık ortaya çıktığında itiraz süresi geçmiş olduğundan bu yola başvurulması mümkün olmamaktadır. Şikayet yoluna başvurmak için de icra müdürünün sözleşmeden haberdar olmaması veya olsa bile bunu dikkate alamaması gerekçesi ileri sürülürse, sözleşmeye aykırılık halinde başvurulabilecek herhangi bir hukukî çare olmayacak, tarafların yapmış olduğu sözleşmenin de pratik olarak herhangi bir önemi kalmayacaktır. Bu nedenle söz konusu durumlar için bir çözüm ortaya konulmalıdır. Kanaatimizce bu gibi durumlarda taraflardan birisi, aralarında yaptıkları sözleşmeden icra müdürünü usulüne uygun şekilde haberdar ederse (örneğin bir dilekçeyle başvurup bunu icra tutanağına geçirterek) ve buna diğer tarafın da herhangi bir itirazı olmazsa, icra müdürü bu sözleşmeye uygun hareket etmelidir. Buna rağmen icra müdürü

⁷⁶² Pekcanitez, s.59.

sözleşmeye aykırı hareket ederse, örneğin sözleşmeyle haczedilemeyeceği kararlaştırılan bir malı haczederse her iki tarafın da şikayet hakkı olmalıdır⁷⁶³. Taraflardan birisi sözleşmenin varlığını ileri sürer, diğer taraf bunu inkar ederse, icra müdürü sözleşme yokmuş gibi hareket edecektir. Çünkü icra müdürünün bunu inceleme yetkisi yoktur. Ancak böyle bir durumda sözleşmenin varlığını ileri süren tarafa şikayet hakkı tanınmalıdır. Sözleşmenin varlığını her iki tarafın kabul etmesinde ise, bundan üçüncü kişilerin zarara uğraması söz konusu olabilir; böyle bir iddiası olan üçüncü kişinin de şikayet hakkı olmalıdır. Örneğin taraflar, borçlunun diğer alacaklılarının da takip yapma ihtimalini düşünerek sonradan muvazaalı bir sözleşme yapıp, onları zarara uğratmayı amaçlamış olabilirler. Böyle bir durumda zarara uğrayan kişilerin de şikayet yoluna başvurmaları mümkün olmalıdır. Zira icra müdürünün bir işleminden zarar gördüğünü ileri süren her ilgili, o işleme karşı şikayet yoluna başvurabilir⁷⁶⁴.

Şikayet veya itiraz üzerine icra mahkemesinin yapacağı incelemede taraflardan birisi sözleşmeyi inkar ederse, icra mahkemesi bunu inceleme yetkisine sahip olacaktır mıdır?

Kural olarak icra mahkemesinin inceleme yapma yetkisi sınırlıdır. Borçlunun itirazı üzerine alacaklı itirazın kaldırılmasını istemişse, itirazın kesin kaldırılmasında icra mahkemesi ancak belge üzerinden inceleme yapabilir; keşif yapamaz, bilirkişi incelemesi yaptıramaz⁷⁶⁵ tanık dinleyemez ve yemin deliline başvuramaz⁷⁶⁶. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılık nedeniyle itiraz yoluna başvurulması halinde alacaklı bu itirazı ortadan kaldırmak için icra mahkemesine başvurmuşsa, alacaklı borçlu ile yapmış oldukları sözleşmeyi yazılı bir belge ile ispat etmelidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere icra sözleşmeleri bakımından kural olarak şekil serbestisi geçerlidir. Ancak itirazın kaldırılması yoluyla icra mahkemesine başvurulması durumunda sözleşmenin yazılı bir belge ile, yani m.68, I'de belirtilen belgelerden birisiyle ispat edilmesi gerekir; dolayısıyla burada artık şekil, ispat şartı olarak karşımıza çıkmaktadır. Alacaklı icra mahkemesi önünde itirazın kaldırılmasında, borçlu ile yapmış oldukları sözleşmeyi kanunda sayılan belgelerden birisiyle ispat edemezse, icra mahkemesi alacaklının

⁷⁶³ Pekcanitez, s.59 (Her ne kadar sadece borçlu için şikayet yolunu öngörmüşse de kanaatimizce bu durumda alacaklının da şikayet yoluna başvurmakta hukukî yararı vardır).

⁷⁶⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.70.

⁷⁶⁵ Abdurrahim Karlı, İcra Tetkik Mercii Kararlarının Temyizi, İstanbul 1995, s.63.

⁷⁶⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.201.

itirazın kaldırılması talebini reddedecektir. Alacaklı, borçlu ile aralarındaki sözleşmeyi gerekli şekilde ispat edebilirse, borçlunun da yine kanunda sayılan belgelere dayanarak savunma yapma imkanı olacaktır. Borçlu örneğin aralarında yapılan sözleşmenin daha sonra başka bir sözleşmeyle hükümden düşürüldüğünü, kanunda belirtilen belgelerden birisiyle ispat edebilirse, yine alacaklının itirazın kaldırılması talebi reddedilecektir. Aksi takdirde ise borçlunun itirazının kaldırılmasına karar verilecek ve alacaklı artık icra takibini devam ettirebilecektir.

İtirazın kesin kaldırılmasında icra mahkemesinin inceleme yetkisinin sınırlı olması, sadece belirli nitelikteki belgelerle bağlı olması, kanunda sayılan belgelerin olmaması durumunda inceleme yapma yetkisine sahip olmaması nedeniyle icra mahkemesinin vermiş olduğu kararın hukukî ilişkiyi gerçek anlamda tespit etmiş olduğu söylenemez. Nitekim icra mahkemesinin takip hukukunu ilgilendiren kararlarının kural olarak maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği kabul edilmektedir⁷⁶⁷. Bu nedenle icra mahkemesinin kararı üzerine, karar aleyhine olan taraf icra mahkemesinin kararını haksız buluyorsa, ona başka bir imkan tanınması gerekir. İtirazın kesin kaldırılması talebi reddedilen alacaklı, ödeme emrine itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık süre içinde genel mahkemelerde itirazın iptali davası açabilecektir (m.67, I)⁷⁶⁸.

Alacaklının itirazın kaldırılması talebi, icra mahkemesince kabul edilirse ve borçlu da bu kararı haksız buluyorsa borçlunun da tespit davası açma hakkı olmalıdır. Bu durum somut olarak alacaklı ile borçlunun, belirli bir süre alacaklının icra takibi yapmayacağı konusunda anlaşmış olmaları halinde karşımıza çıkabilir. Böyle bir sözleşmeye rağmen alacaklı icra takibi yapmak isterse, bunun üzerine borçlu kendisine gönderilen ödeme emrine itiraz ederek, aralarında yapmış oldukları sözleşmeye dayanarak alacaklının icra takibi yapma yetkisinin olmadığını itiraz yoluyla ileri

⁷⁶⁷ Pekcanitez, s.180; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.209; Karslı, İTM, s.67.

⁷⁶⁸ İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 sayılı Kanun'dan önceki dönemde alacaklının öncelikle itirazın kesin kaldırılması yoluna başvurması, ancak buradan istediği sonucu alamaması durumunda, ödeme emrine itirazın tebliğinden itibaren bir yıllık sürenin geçmemiş olması koşuluyla alacaklının itirazın iptali davası açabileceği doktrinde kabul edilmekteydi (bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s.171 dn.1). 4949 sayılı Kanunla İİK m.67, I'de değişiklik yapılmış ve böylece doktrinde savunulan bu görüş yasal dayanak bulmuştur. Nitekim bu maddeyi değiştiren 4949 sayılı Kanun'un bu maddeye ilişkin gerekçesinde, "... 'itirazın kaldırılması için mercie müracaat etmek istemeyen' ibaresi madde metnine alınmayarak, itirazın kaldırılması talebi reddedilen alacaklıya itirazın iptali davası açma hakkı tanınmıştır" (Hükümet Gerekçesi m.16: bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, İİK, s.74, dn.52) ifadesi kullanılarak bu durum açıkça ifade edilmiştir.

sürebilir. Bunun üzerine alacaklı da icra mahkemesine başvurarak ödeme emrine yapılan itirazın kaldırılmasını isteyebilir. İcra mahkemesi yazılı bir sözleşmenin olması ve sözleşme altındaki imzanın alacaklı tarafından inkar edilmemesi durumunda alacaklının ödeme emrine itirazın kaldırılması talebini reddedecektir. Bu ret kararı üzerine alacaklı genel mahkemelerde itirazın iptali davasını açarak, aralarında böyle bir sözleşmenin olmadığını ve dolayısıyla borçluya karşı icra takibi yapma yetkisinin olduğunu ispat edebilme imkanına sahip olacaktır. Buna karşılık, taraflar arasında yazılı bir sözleşme yoksa veya yazılı sözleşme altındaki imza alacaklı tarafından inkar edildiği için icra mahkemesi itirazın kaldırılması talebini kabul etmiş ve borçlunun itirazının kaldırılmasına karar vermişse, borçlunun m.72 çerçevesinde menfi tespit davası açarak, yapmış oldukları sözleşme nedeniyle alacaklının kendisi aleyhine icra takibi yapma yetkisi olmadığını tespiti için dava açması mümkün olmalıdır. Menfi tespit davasının icra takibinden önce açılmış olması veya icra takibinden sonra açılmış olması bu davanın icra takibine etkisi bakımından farklı sonuçlar doğuracaktır (m.72).

Ancak burada, yetki itirazı üzerine icra mahkemesinin vereceği kararın kesin olduğunu, bu karara karşı artık genel mahkemelerde itirazın iptali davasının açılmayacağını belirtmemiz gerekir. Zira İcra ve İflâs Kanunu, bu konuda ayrık bir düzenleme getirmiş ve icra mahkemesinin yetki itirazı hakkındaki kararının kesin olduğunu ifade etmiştir (m.50, II).

Borçlunun yetki itirazı üzerine alacaklı, örneğin aralarındaki yetki sözleşmesi gereği, takibi başlattığı icra dairesinin yetkili olduğunu düşünüyorsa icra mahkemesinden borçlunun itirazının kaldırılmasını isteyebilir. Borçlu sadece yetki itirazında bulunmuş, buna karşılık esasa ilişkin herhangi bir itiraz ileri sürmemişse, alacaklı sadece icra mahkemesine başvurarak itirazın kaldırılmasını isteyebilir⁷⁶⁹, buna karşılık borçlu, yetki itirazını gidermek için genel mahkemelere başvurarak itirazın iptali davası açamaz. Çünkü sadece yetki itirazı yapılmışsa bunu inceleme yetkisi icra mahkemesine aittir⁷⁷⁰. Buna karşılık borçlu hem yetki itirazında bulunmuş hem de esasa ilişkin itirazlar ileri sürmüşse, alacaklı ister icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını ister, isterse genel mahkemelerde itirazın iptali davasını açabilir⁷⁷¹. Alacaklı tarafından

⁷⁶⁹ 11.HD 29.5.1998 1921/3986, YKD 1998/10, s.1486.

⁷⁷⁰ Üstündağ, Yetki İtirazı, s.618; Kuru, Yetki İtirazı, s.427.

⁷⁷¹ Kuru, Yetki İtirazı, s.427; Postacıoğlu, s.112; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.123; Üstündağ, s.101.

itirazın iptali için mahkemeye müracaat edilmiş ise, mahkeme icra dairesinin yetkisine yönelik itirazı da inceleyebilir mi? Bu konuda görüş birliği yoktur. Bir görüşe⁷⁷² göre, itirazın iptalini inceleyecek olan mahkeme, icra takibinin yapıldığı icra dairesinin kaza çevresindeki mahkeme olduğundan, mahkeme icra dairesinin yetkisine yönelmiş olan itirazı da incelemelidir. Çünkü mahkeme ancak, bu yetki itirazını inceledikten sonra kendisinin de yetkili olup olmadığını tespit edebilecektir.

Diğer görüşe göre⁷⁷³ ise, itirazın iptali davasının açılması üzerine daha önce icra dairesinin yetkisine itiraz etmiş olan borçlunun, burada mahkemenin yetkisine ilk itiraz ile karşı koyması gerekir. Borçlu yetki ilk itirazında bulunursa, davaya bakan mahkeme yetkili olup olmadığını inceler. Mahkeme yetkisizlik kararı verirse, mahkemenin ayrıca icra dairesinin de yetkisizliğine karar vermesine gerek yoktur. Çünkü mahkemenin icra dairesindeki yetki itirazını inceleme yetkisi yoktur. Ancak mahkemenin yetki itirazının reddi kararı ile icra dairesindeki yetki itirazı da kendiliğinden reddedilmiş olacaktır.

Kanaatimizce de icra dairesinin yetkisine yönelik olarak yapılan itirazın genel mahkemeler tarafından incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, alacaklı, itirazın iptali için dava açmışsa, borçlunun mahkemenin yetkisine itiraz etmesi gerekir. Nitekim kanunda da icra dairesinin yetkisine yönelik itirazın icra mahkemesinde inceleneceği ve kesin olarak karara bağlanacağı belirtilmiştir (m.50, II). Ancak itirazın iptali davasına bakan mahkeme, icra dairesinin yetkisine itiraz edilmiş olan durumlarda, alacaklının önce icra mahkemesine başvurup yetki itirazının kaldırılması hakkında karar almadan dava açamayacağına karar veremez⁷⁷⁴. Ancak Yargıtay bir kararında⁷⁷⁵, yetki itirazının

⁷⁷² Üstündağ, s.101 vd.

⁷⁷³ Kuru, s.186; Postacıoğlu, s.112; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.125.

⁷⁷⁴ Kuru, s.183; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.124; Kuru, El Kitabı, s.161.

⁷⁷⁵ “Mahkeme, ilamsız icra takibinde borçlunun süresinde hem yetki itirazında bulunduğu hem de borca itiraz ettiği, yetki itirazının takip hukukuyla ilgili olarak İİK'nun 50/2.maddesi uyarınca icra tetkik merciinde (icra mahkemesinde) çözümlenmesi gerektiği, bu husus çözümlenmeden borca itirazın incelenemeyeceği nedeniyle davanın reddine karar vermiştir. Kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve icra takibinde yetki itirazının incelenmesi İİK'nun 50/2.maddesi uyarınca münhasıran icra tetkik merciinin (icra mahkemesinin) görevine girdiğine göre davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir...” (11.HD, 8.10.1986, 4587/5298: Kuru, s.183, dn.23a).

olması halinde, yetki itirazının icra mahkemesinde çözülmesi gerektiği, şeklinde karar vermiş ise de, daha sonra yerinde olarak bu karardan dönmüştür⁷⁷⁶.

İcra mahkemesi borçlunun yetki itirazını haksız bulursa, itirazın kaldırılmasına karar verir. Böylece alacaklı icra takibini devam ettirebilecektir. Hem esas bakımından hem de yetki yönünden itiraz varsa ilk önce yetki itirazı incelenip karara bağlanır⁷⁷⁷.

İcra mahkemesi şikayet üzerine yapacağı incelemede daha geniş bir inceleme yapma yetkisine sahiptir. İcra mahkemesi şikayeti incelerken tanık⁷⁷⁸ dinleyebilir, bilirkişiye başvurabilir, hatta gerekli olan durumlarda keşif dahi yapabilir⁷⁷⁹. Tarafların yanı sıra icra mahkemesi de tarafların ileri sürdüğü maddî olayların aydınlatılması için gerekli delilleri toplar⁷⁸⁰. İcra mahkemesi kendiliğinden yeni delillere başvurabilecektir⁷⁸¹. İcra mahkemesinin şikayete ilişkin konulardaki bu geniş inceleme yapabilme yetkisine rağmen, icra mahkemesinin kararlarının kural olarak maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği, bu nedenle de aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebebe dayanarak genel mahkemelerde dava açılacağı kabul edilmektedir. Çünkü icra mahkemesinin verdiği kararlar sadece yapılan takip açısından geçerlidir⁷⁸². Buna karşılık ihalenin feshinde de şikayet yoluyla icra mahkemesine başvurulmasına rağmen, icra mahkemesinin ihalenin feshi talebi üzerine verdiği kararın maddî anlamda kesin hüküm teşkil edeceği ve artık aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı sebebe dayanarak genel mahkemelerde tekrar dava açılmasına kesin hükmün engel olacağı kabul edilmektedir⁷⁸³. İcra mahkemesinin istihkak davası üzerine verdiği kararın da kesin hüküm teşkil edeceği genel olarak doktrinde⁷⁸⁴ ve bazı yargı kararlarında⁷⁸⁵ kabul edilmektedir.

⁷⁷⁶ "... Hem yetki hem de esas yönünden itiraz halinde de alacaklı itirazın icra tetkik merciinde (icra mahkemesinde) kaldırılmasını isteyebileceği gibi İİK'nun 67.maddesi gereğince itirazın iptali için mahkemeye de başvurabilir..." (13.HD, 24.10.1989, 3332/6088: YKD 1990/5, s.703).

⁷⁷⁷ Kuru, Yetki İtirazı, s.430.

⁷⁷⁸ Tanık deliline sınırlı hallerde gidilebileceğini, (örneğin ihaleye fesat karıştırılması nedeniyle ihalenin feshinin istenmesi gibi) belirten görüşler de vardır (Pekcanitez, s.148).

⁷⁷⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.75.

⁷⁸⁰ Pekcanitez, s.148.

⁷⁸¹ Arslan, s.190; Pekcanitez, s.151.

⁷⁸² Pekcanitez, s.179.

⁷⁸³ Arslan, s.201.

⁷⁸⁴ İcra mahkemesinin istihkak davası üzerine verdiği kararların da maddî anlamda kesin hüküm teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, istihkak davası icra takibi içinde bir hadise şeklinde ele

Kanaatimizce icra mahkemesinin şikayet üzerine sözleşmeye aykırılık hakkında vermiş olduğu kararların şekli anlamda kesinleştikten sonra, maddî anlamda da kesin hüküm teşkil etmesi gerekir. Zira icra mahkemesi bu incelemeyi yaparken herhangi bir delil sınırlamasına tabi olmaksızın inceleme yapmaktadır, duruşma yapma, tarafları ve gerekli görürse ilgili icra dairesini dinleme imkanına sahiptir.

Bunun yanında, icra mahkemesinin bir “mahkeme” olduğunda da herhangi bir şüphe yoktur. Eskiden bu konuda bazı tereddütler vardı ve konu Anayasa Mahkemesi’ne de götürülmüştür. Anayasa Mahkemesi, icra mahkemesini Anayasa’nın 151.maddesi (1982 Anayasası’nda 152.madde) anlamında bir mahkeme kabul etmiştir⁷⁸⁶. Ayrıca en son 5092 sayılı Kanun ile, daha önce adı “icra tetkik mercii” olan bu mahkemenin adı “icra mahkemesi”⁷⁸⁷ olarak değiştirilmiş; bu konudaki tereddütler giderilmiştir⁷⁸⁸. Nitekim kanunumuzda icra mahkemesinde incelemeyi yapacak olanın

alınır. Hakimin burada halledeceği konu, gerçekte mahcuz malın kime ait olduğu değil, istihkak iddiasına rağmen, söz konusu malın takibi yapan alacaklının alacağının itfasına tahsis edilip edilemeyeceğidir (Arar, s.218). İstihkak davası takip hukuku bakımından bir tespit davasıdır. Bu nedenle üçüncü kişinin mülkiyet iddiası tespit edilirse, bununla yalnız alacaklının, o malı kendi alacağının tahsili için kullanmak iddiası reddedilmiş olur. Buna karşılık üçüncü kişi takip dışında bu tespit hükmüne dayanarak borçludan malın teslimini isteyemez (Ansay, s.113). diğer görüşe göre ise, istihkak davasına genel hükümler çerçevesinde bakılması (m.97, XI), bu davada hakimin bütün delilleri serbestçe takdir etmesi, (m.97, XVII c.2), her türlü delilin ileri sürülebilmesi nedeniyle hakim takip hukukunun biçimsel ve dar kalıplarıyla bağlı kalmayacaktır. Bu nedenle istihkak davası sonunda verilen karara kesin hüküm niteliği tanımak usul ekonomisine de uygun düşecektir (Ramazan Arslan, Medenî Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara 1977, s.67. Aynı yöndeki görüşler için bkz.: Kuru, İcra C:II, s.1107; Tanrıver, s.60; Kuru, El Kitabı, s.493; Talih Uyar, İcra Hukukunda İstihkak Davaları, İzmir 1994, s.774).

⁷⁸⁵ “İcra tetkik mercii (icra mahkemesi) kararları (istihkak gibi genel hükümlere tâbi olanlar hariç) yalnız takip hukuku bakımından geçerli olup, maddi hukuk yönünden kesin hüküm teşkil etmezler...” (13.HD. 31.3.1977, 1254/1836: Uyar, İstihkak, s.805); “İcra tetkik mercii kararları, bazı konudakiler (istihkak, ihalenin feshi davaları gibi) hariç genelde kesin hüküm oluşturmazlar...” (12.HD. 2.6.1986, 5576/6588: Uyar, İstihkak, s.803).

⁷⁸⁶ 20.9.1966, 1966/15, 1966/33, RG 9.5.1967, S.12593 (Karslı İTM s.39).

⁷⁸⁷ 5092 sayılı Kanun ile m.4’te değişiklik yapılmadan önce bu mahkemenin adı icra tetkik mercii idi. 5092 sayılı Kanun ile icra tetkik mercii’nin adı icra mahkemesi olarak değiştirilmiş ve bu konudaki tereddütler tamamen ortadan kaldırılmıştır. Ya da daha doğru bir ifade ile icra tetkik mercii’nin zaten mahkeme kabul eden görüş kanuna yansıtılarak, adı da buna uygun hale getirilmiştir.

⁷⁸⁸ Nitekim 5092 sayılı Kanun’un Adalet Komisyonu gerekçesinde de buna işaret edilmiştir: “Anayasa Mahkemesinin 26.10.1965 tarihli ve 25/57 sayılı ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 19.11.2003 tarihli ve Esas 2003/3-737, Karar 2003/700 sayılı kararlarında belirtildiği üzere, icra tetkik mercii, ceza yargılamasında hürriyeti bağlayıcı ceza verebilmekte ve hukuk yargılamasında maddî hukuk kurallarını uygulamak suretiyle uyuşmazlıkları gidermekte ve bu suretle objektif hukuku bağımsız hâkimler eliyle uygulamakta olduğundan bir mahkeme niteliğindedir. İcra tetkik mercii’nin mahkeme olarak ifade edilmemesi nedeniyle uygulamada pek çok tereddüt oluşturmaktadır. Bu tereddütleri gidermek ve tetkik

da hakim olduğu ayrıca belirtilmektedir (m.4). Doktrinde de icra mahkemesinin özel bir mahkeme olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁹. Hatta icra mahkemesi icra ve iflâs suçlarının çoğu hakkında tıpkı bir ceza mahkemesi gibi karar verir (örneğin m.339-344). İcra mahkemesi, icra ve iflâs suçlarını incelemesi sırasında aynen bir ceza mahkemesi gibi hareket eder⁷⁹⁰. Ceza yargılaması faaliyetini yürüten icra mahkemesi, basit yargılama usulünü (HUMK m.507-511) uygular (m.18). Bütün bu gerekçeler nedeniyle icra mahkemesinin, şikayet üzerine icra sözleşmesi hakkındaki kararının maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmesinin menfaat dengeleri açısından daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu konuda tekrar genel mahkemelerde dava açılmasında herhangi bir hukukî yarar da olmayacaktır. Zaten icra mahkemesi gerekli inceleme ve araştırmayı yapacak, hatta bir yönüyle, kendisinin de delil araştırabilmesi ve her türlü delili değerlendirme yetkisine sahip olması nedeniyle, genel mahkemelere göre daha ayrıntılı inceleme yaparak karar verecektir. Burada sadece takip hukukuna özgü bir süreç işlememekte, HUMK’da öngörülen basit yargılama usulü uygulanmakta, hakim kendisi, tarafların ileri sürdüğü maddî olayların ispatı için, delil araştırabilmekte ve bunları değerlendirerek karar vermektedir⁷⁹¹. Dolayısıyla artık genel mahkemelerde tekrar dava açmayı gerektirecek bir hukukî yarar olmayacağı kanaatindeyiz. Böyle bir çözümün, hem usul ekonomisi hem de takip ekonomisi açısından daha doğru olacağını düşünüyoruz.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle itiraz edilmesi durumunda genel haciz yoluyla takip yapılıyorsa icra takibi kendiliğinden duracak (m.66, I) ve duran takibe devam edilebilmesi için alacaklının bu itirazı hükümden düşürmesi gerekecektir⁷⁹². Kambiyo senetlerine mahsus takip yolunda ise itiraz satıştan başka icra takip işlemlerini durdurmaz. Dolayısıyla burada itiraz eden borçlu, itirazını icra mahkemesi önünde ileri sürecek ve icra mahkemesi gerekli görürse takibin durdurulmasına karar verebilecektir.

merciinin yerine getirdiği görevlere uygun biçimde icra mahkemesi olarak anılması sağlanmıştır.” (Kuru/Arslan/Yılmaz, İİK, s.36-37, dn.6).

⁷⁸⁹ Kuru, s.43; Pekcanitez, s.23; Karlı, İTM, s.39.

⁷⁹⁰ Tanrıver, s.55.

⁷⁹¹ İstihkak davaları bakımından aynı yönde bkz. Arslan, Yargılamanın Yenilenmesi, s.67.

⁷⁹² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.170 vd.

Şikayet yoluna gidilmiş ise, şikayet icra takibini kendiliğinden durdurmaz (m.22). İcra mahkemesi gerekli görürse şikayet üzerine icranın geri bırakılmasına karar verebilir⁷⁹³.

B. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN ETKİLERİ

İcra sözleşmeleri vasıtasıyla kanunen belirlenmiş olan takip prosedüründen bir sapma söz konusu olacaktır. Tarafların geçerli bir şekilde yaptıkları icra sözleşmeleri, tarafları bağlayacaktır.

Alacaklı ve borçlu bir yetki sözleşmesi yapmışlarsa, artık alacaklı icra takibini yetki sözleşmesinde belirtilen yerdeki icra dairesinde de başlatabilmek hakkına sahiptir ve borçlu da buna itiraz edemeyecektir.

Kanunen haczi caiz olan bir mala taraflar sözleşmeyle haczedilmezlik niteliğini kazandırmışlarsa, alacaklı borçlunun bu malının haczini isteyemeyecek, borçlunun diğer mal varlığına müracaat etmesi gerekecektir. Aynı şekilde alacaklının sadece belli malların haczini isteyebileceği öngörülmüşse, alacaklı alacağını diğer mallardan tam olarak elde edemese bile sadece o malların haczini ve satışını isteyebilecektir. Buna karşılık öncelikle borçlunun bazı mallarının haczedilebileceği, bu malların alacağı karşılamaması durumunda diğer mallara müracaat edilebileceği öngörülmüşse, alacaklı öncelikle başvurulması kararlaştırılan malları haczettirecek; eğer bu mallar alacağını karşılamazsa ancak o zaman diğer haczi caiz olan mallar haczettirilebilecektir.

Hacizden önce veya sonra taksitle ödeme sözleşmesi yapılmışsa, borçlu taksitle ödeme sözleşmesine uygun şekilde ödemelerini yaptığı, sözleşmeyi ihlal etmediği müddetçe borçlunun mallarının, hacizden önceki taksitle ödeme sözleşmesinde, haczi istenemeyecek; hacizden sonraki taksitle ödeme sözleşmesinde, bu malların satışı istenemeyecektir. Borçlu borcunu sözleşmeye uygun olarak öderse, artık son ödeme yapıldıktan sonra icra takibi sona ermiş olacaktır. Bu sözleşmeler devam ettiği müddetçe haciz ve satış isteme süreleri işlemeyecektir.

Borçlu haciz sırasında veya hacizden sonraki bir dönemde haczedilemeyen bir malının haczedilmezlik özelliğinden vazgeçmişse, artık alacaklı söz konusu malın satışını isteyebilecektir.

⁷⁹³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.76.

Taraflar belirli bir süre veya bir şart gerçekleşene kadar icra takibinin yapılamayacağı konusunda sözleşme yapmışlarsa, bu süre gelmeden veya şart gerçekleşmeden alacaklının icra takibi yapma yetkisi olmadığı için borçlusu aleyhine icra takibi başlatamayacaktır.

İcra takibinin kesinleşmesinden sonra mehil sözleşmesi yapılmışsa, artık alacaklı bu süre içinde borçlu aleyhine herhangi bir icra takip işleminin yapılmasını istemeyecektir.

İcra sözleşmeleri kural olarak sadece taraflar arasında etkilidir. Üçüncü kişileri etkilemez. Özellikle borçlunun diğer alacaklılarını etkilemez, onlara herhangi bir yükümlülük getiremez⁷⁹⁴. Örneğin borçlu, bir alacaklıyla haczedilebilen bir malının haczedilemeyeceğine dair sözleşme yapmışsa, bu sözleşme ancak bu iki taraf arasında hüküm ifade eder. Borçlu bu sözleşmeye dayanarak bir başka alacaklıya karşı o malının haczedilemeyeceğini ileri süremez. Aynı şekilde borçlunun ortak alacaklı olan iki kişi borçluya karşı icra takibi yapmama konusunda yükümlülük altına girmişlerse, bu da borçlu açısından herhangi bir yükümlülük doğurmaz. Esasen burada bir icra sözleşmesinden söz edilemez. Zira bu iki alacaklı arasında herhangi bir icra ilişkisi söz konusu değildir. İcra ilişkisi doğrudan doğruya alacaklı ve borçlu arasındaki ilişkidir⁷⁹⁵.

İcra sözleşmeleri için de halefiyet kuralları aynen geçerli olacaktır. Dolayısıyla icra sözleşmeleri, tarafların, hem cüzi hem de külli haleflerini bağlar⁷⁹⁶. Yetki sözleşmesi, tarafları bağladığı gibi, tarafların cüzi ve külli haleflerini de bağlar. Doktrinde bu konuda görüş birliği olduğu söylenebilir⁷⁹⁷.

C. İCRA SÖZLEŞMELERİNİN TAAHHÜT VEYA TASARRUF ETKİLİ SÖZLEŞME OLMASI

I. Sözleşmenin Taahhüt veya Tasarruf Etkili Olmasının Anlamı

Sözleşmenin taahhüt (borçlandırıcı) etkili olması halinde borçlu, alacaklıya karşı borçlanılan yükümlülüğe uygun şekilde, belirli bir davranışta bulunmayı, ona maddî ya da manevî bir yarar sağlamayı yüklenir. Bununla bir borç ilişkisi kurulmuş

⁷⁹⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.390.

⁷⁹⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.390.

⁷⁹⁶ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.390; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s.423.

olur. Borçlandırıcı işlemler, malvarlığını veya oradaki herhangi bir hakkı doğrudan doğruya etkilemez. Bu işlemler borçlanılan edimin konusunu oluşturan hakkın devir sınırlanma, değiştirme veya ortadan kalkma taahhüdünü kapsar⁷⁹⁸.

Tasarruf işlemi ise, bir hakkı veya hukukî ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran işlemdir. Tasarruf işleminin konusunu haklar oluşturur. Hak, tasarruf sahibinin iradesiyle değişikliğe uğramakta, kısıtlanmakta, devredilmekte veya ortadan kaldırılmaktadır⁷⁹⁹.

II. Taahhüt veya Tasarruf Etkisinin İcra Sözleşmeleri Bakımından

Anlamı

İcra sözleşmelerinin tasarruf etkili (Verfügungswirkung) olması bu sözleşmelerin icra süreci üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olmaları anlamına gelmektedir⁸⁰⁰. Dolayısıyla icra müdürünün tasarruf etkili icra sözleşmesinin varlığını gözetmesi gerekir. Aynı zamanda tasarruf etkili bir icra sözleşmesi varsa ve bu sözleşmeye aykırı bir şekilde icra takip işlemi yapılmışsa, bunu icra müdürü dikkate almamış olsa bile, yapılan icra takip işlemleri kendiliğinden geçersiz olacaktır⁸⁰¹.

İcra sözleşmelerinin taahhüt etkili (Verpflichtungswirkung) olması, borçlanan kişiye belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü getirmektedir. Bu nedenle artık burada taahhüt etkili sözleşme icra takibi üzerinde doğrudan bir etkiye sahip değildir⁸⁰². İcra müdürünün de bu sözleşmeyi kendiliğinden göz önünde bulundurma yükümlülüğü yoktur. Örneğin yapılan sözleşmeyle alacaklı, borçlusuna karşı belli bir süre icra takibi yapmamayı vaat etmişse, alacaklı bu süre içinde borçlusuna karşı icra takibi yapmama yükümlülüğü altındadır. Ancak buna rağmen icra takibi yapılırsa, yapılan bu icra takibi kendiliğinden geçersiz değildir. Ancak borçlu gerekli hukukî yollara başvurarak başlatılan bu icra takibinin geçersizliğini ortaya koyabilir.

⁷⁹⁷ Kuru, Usul, s.367; Uyar, Yetki, s.678; Baş, s.34.

⁷⁹⁸ Eren, s.158.

⁷⁹⁹ Eren, s.160, 161.

⁸⁰⁰ Schug, s.178; Schilken, s.284; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.384.

⁸⁰¹ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.384; Schilken, s.284.

⁸⁰² Schug, s.188.

İcra sözleşmeleri bakımından tartışmalı olan nokta tarafların tasarruf etkili sözleşme yapıp yapamayacaklarında toplanmaktadır.

İcra sözleşmelerinin ancak taahhüt (borçlandırıcı) etkili olabileceğini, tasarruf etkili icra sözleşmesi yapılamayacağını savunanlar, çoğunlukla, yukarıda incelediğimiz icra sözleşmeleri için sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması bakımından icra hakkı-icra yetkisi (imkanı) ayırımına dayanan görüşü savunanlardır. Buna göre, icra hakkı subjektif kamusal bir haktır ve tarafların buna ilişkin tasarruf etkili sözleşme yapmaları mümkün değildir. Aynı zamanda sözleşmenin tasarruf etkili olması, o sözleşmenin icra sürecini doğrudan doğruya etkilemesi anlamına gelir. Yani icra müdürü bu sözleşmeyi kendiliğinden dikkate almalı ve icra takip işlemleri yapılırken ona uygun şekilde hareket etmelidir. Oysa icra müdürünün hangi konuları kendiliğinden göz önünde bulundurması gerektiği kanunda belirtilmiştir. Bunlar sınırlıdır ve sıkı şartlara bağlıdır. Bunun dışındaki bir şeyi kendiliğinden gözetemez. Bu nedenle icra sözleşmelerinin takip üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olması, yani tasarruf etkili olması düşünülemez⁸⁰³.

Türk takip hukukunda icra sözleşmeleri taahhüt etkili mi yoksa tasarruf etkili midir? Bir başka anlatımla icra sözleşmeleri doğrudan doğruya icra takibi üzerinde etkili olabilir mi, dolayısıyla icra müdürü bu sözleşmeleri kendiliğinden göz önünde bulundurabilir mi? İkinci bölümde incelediğimiz sözleşme tiplerine baktığımızda, bizim takip hukukumuzda icra sözleşmelerinin hem taahhüt hem de tasarruf etkili olarak kurulabileceğini görebiliriz. Eğer icra sözleşmesi, taksitle ödeme sözleşmesinde olduğu gibi, icra dairesi önünde yapılarak icra tutanaklarına geçirilmişse veya icra dairesi dışında yapılmakla birlikte daha sonra bu sözleşme icra tutanağına eklenmişse, artık bu sözleşme resmî bir belge olan icra tutanaklarında tespit edildiği için icra takibini doğrudan doğruya etkileyecek ve icra müdürü de sözleşmeye aykırı bir icra takip işlemi yapılmak istenirse, bunu kendiliğinden göz önünde bulunduracaktır. Örneğin alacaklı ve borçlu, borcun taksitle ödenmesi konusunda hacizden önceki bir dönemde anlaşmışlarsa, ancak buna rağmen (borçlu taksitle ödeme sözleşmesine uygun şekilde yükümlülüğünü yerine getiriyor olmasına rağmen) alacaklı, borçlunun mallarının haczedilmesini isterse, icra müdürü bu talebi reddetmelidir. Çünkü yapılan sözleşme tasarruf etkili bir sözleşme olup takibe

⁸⁰³ Hochgraefe, s.27; Schiedermaier, s.132.

doğrudan etkilidir ve icra müdürü de bunu gözetmekle yükümlüdür. Buna rağmen takip işlemleri yapılmışsa, örneğin haciz yapılmışsa, yapılan bu haciz geçerli değildir. Aynı şekilde borçlu haciz sırasında veya hacizden sonra haczedilmezlikten feragat etmişse, bu da tasarruf etkili olacaktır. Söz konusu mal haczedildikten sonra borçlu haczedilmezlikten feragat etmişse, artık daha sonra bu malın haczedilmezliğine dayanamaz.

Bunun yanı sıra icra sözleşmeleri taahhüt etkili olarak da kurulabilir. Belki de çoğu zaman icra sözleşmeleri karşımıza taahhüt etkili sözleşme olarak çıkmaktadır. Burada artık taraflardan birisi belli bir edimi yüklenmekte, belli bir şekilde hareket etmeyi veya icra takibini belli şekilde yürütmeyi taahhüt etmektedir. Örneğin alacaklı borçlusuna karşı belirli bir süre icra takibi yapmamayı veya belirli bir koşul gerçekleşene kadar icra takibi yapmamayı taahhüt etmiş olabilir. Bu durumda, söz konusu sözleşme icra takibi üzerinde doğrudan doğruya bir etkiye sahip değildir. Burada sözleşmenin borçlusu (yani icra takibi yapma yetkisine sahip olan alacaklı) belirli bir süre veya belirli bir şart gerçekleşene kadar karşı taraf aleyhine icra takibi yapmama yükümlülüğü altındadır. Ancak bu yükümlülüğe uygun davranmaması durumunda icra müdürü, bu kişiler arasındaki sözleşmeye bir şekilde muttali olsa dahi, bu sözleşmeyi göz önünde tutarak alacaklının takip talebini reddedemez. Takip talebini kabul etmek ve buna uygun icra takip işlemlerini yapmak zorundadır. Ancak takip borçlusu, aralarındaki sözleşmeye dayanarak yapılan icra takibine karşı hukukî yollara başvurabilecektir. Aynı şekilde taraflar haczedilebilir bir mala haczedilmezlik vasfını vermişlerse takip alacaklısı bu malın haczini istememek konusunda bir yükümlülük altına girmiştir. Dolayısıyla bu sözleşme de borçlandırıcı (taahhüt) etkiye sahip bir sözleşmedir.

§ 10. GENEL İŞLEM ŞARTLARI BAKIMINDAN İCRA SÖZLEŞMELERİ

A. GENEL OLARAK

Genel işlem şartları günümüz modern toplum yaşantısının olmazsa olmaz unsurlarından biri haline gelmiştir. Modern toplumda yapılan bir çok sözleşme tipinde, sözleşmenin içeriği, şartları ve hükümleri önceden, bir tarafça tespit edilmektedir. Diğer

tarafın ise bu şartların ve hükümlerin oluşmasında herhangi bir katkısı veya bu şartların oluşumunda karşı tarafla görüşmesi söz konusu değildir. Diğer tarafın buradaki seçim hakkı sözleşmeyi bu şartlarla kabul etmek veya etmemek ile sınırlandırılmaktadır. Taraflardan birisinin ileride yapacağı sözleşmelerde, karşı tarafa değiştirilmeden kabul edilmek için önceden belirleyip, sözleşmenin kurulması sırasında karşı tarafa sunduğu, tipleştirilmiş, standartlaştırılmış şartlara genel işlem şartları denilmektedir⁸⁰⁴.

Genel işlem şartları büyük kuruluşların işini kolaylaştırmakta ve bütün müşterileri için belli bir standartta sözleşme yapılması kolaylığını sağlamaktadır. Ancak zamanla genel işlem şartları güçlü olan işletmelerin istedikleri bütün şartları müşterilerine kabul ettirdikleri bir araç haline almıştır. Böylelikle sözleşmenin güçlü tarafı konumunda olan işletme veya banka vb., esasen kendisine ait olan bir çok rizikoyu müşterisine aktarmakta⁸⁰⁵ ve sözleşme serbestisi tek taraflı ayrıcalık haline gelmektedir⁸⁰⁶. Dolayısıyla liberal toplumun temel taşlarından birisi olan sözleşme özgürlüğü, bir tarafın sözleşme şartlarını tamamen kendi isteği ve çıkarları doğrultusunda belirleme özgürlüğüne ve diğer tarafın ise, sözleşme bağımlılığına dönüşme tehlikesiyle karşı karşıya kalmıştır⁸⁰⁷.

Bütün sözleşmeler gibi, genel işlem şartlarını içeren sözleşmeler de, emredici kurallara aykırı olamazlar. Emredici bir kurala aykırılık halinde bunlar batıl olacak, uygulama ve geçerlik alanı bulamayacaktır⁸⁰⁸.

Kural olarak tarafların yedek (tamamlayıcı) hukuk normlarına aykırı olan genel işlem şartlarını kararlaştırmaları mümkündür. Ancak bu kuralların yedek norm olarak nitelenmesindeki amaç, sözleşme konularına ilişkin olarak taraflar arasında karşılıklı görüşme yapılması ve sözleşmeye en uygun içeriğin verilmesi bakımındandır. Yoksa taraflardan sadece birine sözleşmeyi karşı tarafa dikte etmesi amaç olamaz. Yedek hukuk kurallarının bazı sözleşme türlerinde sanki hiçbir şekilde yürürlüğü

⁸⁰⁴ Eren, s.197; Atamer, s.61. Bu tanım AGBG m.1/I'de yer almaktadır.

⁸⁰⁵ Atamer, s.31.

⁸⁰⁶ Manfred Rehbinder, Genel İşlem Şartları ve Tüketicinin Korunması-Genel İşlem Şartları Hukukunun Düzenlenmesine İlişkin Yeni Alman Yasası Üstüne, İÜHFM C:XLII/1-4, s.643, (çev. Ömer Teoman).

⁸⁰⁷ Rehbinder, s.643.

⁸⁰⁸ İbrahim Kaplan, Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, Batider 1991/2, C:XVI, s.58; Eren, s.199; Atamer, s.146; Mette, s.102.

yokmuş gibi hareket edilmesi kamu düzenine aykırılık oluşturur⁸⁰⁹. Kanun koyucu tarafından sözleşmenin tarafları arasında adil bir denge kurmak amacıyla getirilmiş olan yedek hukuk kurallarının tamamen devre dışı bırakılması, hukuk düzenin temel ilkeleri ile bağdaşmamaktadır⁸¹⁰.

Bundan başka genel işlem şartları içinde yer alan ve açık olmayan kayıtların, metni hazırlayanın aleyhine yorumlanacağı, alıılmamış kayıtlar ile şaşırtıcı kayıtların geçersiz sayılacağı kabul edilmektedir⁸¹¹.

B. GENEL İŞLEM ŞARTLARI İÇİNDE YER ALAN İCRA HUKUKUNA İLİŞKİN KAYITLAR

Genel işlem şartları sözleşmenin kurulmasından sona ermesine kadar ve hatta sona ermesinden sonra taraflar arasında uygulanacak bütün kuralları tespit etmeyi amaçlamaktadır⁸¹². Bu nedenle genel işlem şartlarını içeren bütün sözleşmelerde icra hukukuna ilişkin hükümler de yer almaktadır. Konuya ilişkin olarak bankacılık işlemleriyle ilgili kredi kartı üyelik sözleşmelerinde, temel bankacılık hizmetleri sözleşmelerinde, konut kredisi sözleşmelerinde, bireysel kredi sözleşmelerinde ve tüketici kredisi sözleşmelerinde her zaman icra hukukunu ilgilendiren hükümlere rastlamak mümkündür. Bu sözleşmelerde özellikle müşterinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda icra hukukuyla ilgili olarak yetki şartına, borçlunun bankadaki hesabının banka lehine rehinli sayılacağına, bankanın rehin hakkı olsa dahi öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorunda olmayacağına ilişkin hükümler yer almaktadır.

Genel işlem şartları içinde yer alan, icra sürecini etkileyen kayıtların genel olarak reddedilmesi ve geçersiz kabul edilmesi mümkün değildir⁸¹³. Alman Hukuku bakımından bu kayıtların Genel İşlem Şartları Kanunu (AGBG) çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Çünkü Alman Hukuku'nda bunun için özel bir kanuni düzenleme yapılmıştır.

⁸⁰⁹ Atamer, s.189, 190.

⁸¹⁰ Atamer, s.201.

⁸¹¹ Kaplan, s.65;

⁸¹² Atamer, s.2.

⁸¹³ Mette, s.102.

İcra sözleşmeleri açısından genel işlem şartlarındaki kayıtlarda alacaklının icra imkanlarının genişletilmesi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu kayıtların icrayı genişleten sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Bu ilişkide genel işlem şartlarını hazırlayan ve daha sonraki muhtemel icra ilişkisinde de alacaklı konumunda yer alacak olan taraf, sözleşmenin güçlü tarafı konumundadır ve bunu kötüye kullanma ihtimali de her zaman olabilir⁸¹⁴. Bunun için bu kayıtların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilerek denetim dışı bırakılması düşünülemez. Bu sözleşmelerle, bir tarafın haklarının önemli ölçüde kısıtlanması veya ortadan kaldırılması gibi bir sonuç ortaya çıkmamalıdır. Bu durum ise, bir tarafın haklarından önceden genel işlem şartları içinde önemli ölçüde vazgeçmesiyle ortaya çıkabilir. Bu nedenle çoğu zaman icra hukukuna ilişkin kayıtlar dar bir uygulama alanı bulacaktır⁸¹⁵. Şimdi genel işlem şartlarında yer verilen bazı kayıtlar üzerinde duracağız.

Bütün bankacılık sözleşmelerinde yetki şartı yer almaktadır. Çoğu zaman bu yetki şartı, sözleşmenin yapıldığı banka şubesinin bulunduğu yerdeki icra dairelerinin yetkili olduğu şeklinde olmaktadır⁸¹⁶. Bu şekilde yer alan yetki şartı bakımından herhangi bir sorun olması söz konusu değildir. Zira taraflar yetkisiz bir icra dairesinin yetkili olmasını kararlaştırabilirler⁸¹⁷. Ancak bazı sözleşmelerde birden fazla icra dairesinin yetkili olacağına dair hükümler yer almaktadır⁸¹⁸. Yukarıda belirttiğimiz görüş⁸¹⁹ çerçevesinde, kanaatimizce yetki sözleşmesiyle, yetkisiz olan birden fazla icra dairesinin yetkili hale getirilmesi mümkün değildir. Özellikle genel işlem şartları bağlamında düşünüldüğü zaman bunun doğruluğu daha iyi anlaşılacaktır. Çünkü bu sözleşmelerde genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın ağırlığı hissedilmekte ve diğer taraf ise sözleşmeyi ya bu şekilde kabul etme, ya da sözleşme yapmama tercihi arasında

⁸¹⁴ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.386.

⁸¹⁵ Mette, s.103.

⁸¹⁶ “Bu sözleşmeden doğacak her türlü anlaşmazlıklarda, Türk kanunlarının ve Mahkeme ve İcra Dairelerinin yetkili olacağını taraflar kabul ederler.” (Denizbank Konut-Gayrimenkul Kredisi Sözleşmesi madde 22, s.6). Benzer hüküm için bkz.: Türkiye İş Bankası Tüketici Kredisi Sözleşmesi madde17, s.6; Denizbank Bireysel Kredi Sözleşmesi madde 18, s.5; Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. Konut Kredisi Sözleşmesi madde 23.

⁸¹⁷ Bkz. yuk. § 7-C-I.

⁸¹⁸ “Müşteri ile iş bu sözleşmeden doğacak her türlü anlaşmazlıkta, hesabın açıldığı şubenin bulunduğu yer ile mahkeme ve icra müdürlüklerinin ayrı ayrı yetkili olduğunu ... kabul ve beyan eder.” Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 153, s.24.

⁸¹⁹ Bkz. yuk. § 7-C-I.

kalmaktadır. Çoğu zaman bu kişi sözleşme şartlarını kabul etmek zorunda kalacaktır. Zira bir başka işletmeyle ya da bankayla sözleşme yapmak istese yine aynı şartlar karşısına çıkacak; bu şartları kabul etmeden sözleşme yapma olanağı olmayacaktır. Saydığımız bu sebeplerden dolayı birden fazla icra dairesinin yetkisini kabul eden yetki sözleşmesinin (şartının) geçerli olmayacağını düşünüyoruz.

Banka sözleşmelerinde, müşterinin doğmuş ve doğacak her türlü alacaklarının; bankada bulunan ve müşteriye ait olan senetler ve emtiayı temsil eden belgeler, konişmentolar, hisse senetleri ve tahviller, bunların kuponları ve diğer kıymetli evrak üzerinde bankanın hapis hakkı bulunduğu ve bütün alacaklarının ve hesaplarının bankaya rehinli olduğu; bankanın alacağını herhangi bir ihbarda bulunmaksızın bu hapis veya rehinleri istediği zaman ve dilediği fiyatla, icra dairesine başvurmaya gerek olmaksızın borsada veya haricen satmaya yetkili olduğuna dair hükümler yer almaktadır⁸²⁰. Kanaatimizce sözleşmede yer alan bu hükümler geçerlilik alanı bulamaz. Bu hüküm İcra ve İflâs Kanunu'nun emredici kurallarına aykırıdır⁸²¹. Zira İcra ve İflâs Kanunu satışın hangi şartlarda ve nasıl yapılacağını ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir (m.112-137). Rehinli malların paraya çevrilmesi konusunda ise, hacizli malların satışıyla ilgili maddelere atıf yapılmıştır (m.150/g). Kanun koyucu icra takibi bakımından, icra dairesinin aracılığı olmaksızın yapılabilecek paraya çevirmeyi istisnaen dahi kabul etmemiştir⁸²². Ayrıca paraya çevirme usulü bakımından da kural

⁸²⁰ "...Bankanın yurt içinde ve dışında bütün şubelerinde ve yurt içindeki ve dışındaki iştiraklerinde adına açılmış ve açılacak vadesiz tasarruf mevduatı hesabı/Vadesiz alacaklı cari hesap/Yatırım hesabı/Vadesiz döviz tevdiat hesabı ve her türlü hesaplarının bakiyelerinin ve doğmuş ve doğacak her türlü alacaklarının; alımı yapılarak bankanın emanetine alınan ve alınacak veya bankaya emaneten veya serbest depo suretiyle verdiği veya vereceği veya herhangi bir zaman ve şekilde bulunabilecek olan bütün senetler ve emtiayı temsil eden belgeler, konişmentolar, hisse senetleri ve tahviller, bunların kuponları ve diğer kıymetli evrak üzerinde bankanın hapis hakkı bulunduğunu ve bütün alacaklarının ve hesaplarının bankaya rehinli olduğunu; bankanın alacağını herhangi bir ihbarda bulunmaksızın bu hapis veya rehinleri istediği zaman ve dilediği fiyatla, icra dairesine başvurmaya gerek olmaksızın borsada veya haricen satmaya ... yetkili olduğunu kabul ve beyan eder/ederler." (Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 136, s.22); Benzer bir hüküm için bkz. Akbank T.A.Ş Kredi Kartı Sözleşmesi madde 40, s.6.

⁸²¹ Aynı yönde bkz.: Kaplan, s.85.

⁸²² Ancak iflâs takibinde kanun koyucu icra takibindeki kurallardan ayrılarak satışın iflâs idaresi tarafından yapılması esasını kabul etmiştir (m.241). Buna rağmen iflâstaki normal satış usulü de, icra hukukundaki gibi açık artırma ile satışır (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.649; Yılmaz, s.152). Ancak ikinci alacaklılar toplantısında aksine bir karar verilmişse, masa mallarının pazarlıkla satışının yapılması mümkündür (m.241). Hatta üzerinde rehin hakkı bulunan bir malın sadece ikinci alacaklılar toplantısının kararıyla dahi pazarlıkla satışının yapılması mümkün değildir. Bu durumda rehin hakkı sahibi alacaklılar

olarak açık artırma yapılması zorunluluğunu getirmiş, istisani bazı özel durumlarda pazarlıkla satışa izin vermiştir (m.119). Ayrıca genel işlem şartları içinde yer alan böyle bir kayıt, cebri icra faaliyetinde devletin icra tekelinin olması ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bankanın, rehinli malları dilediği zaman ve dilediği fiyata, icra dairesine başvurmaya gerek olmaksızın, satma yetkisinin olması hem icra hukukunun temel mantalitesine aykırıdır, hem de adeta burada kendiliğinden hak almaya kayan, tamamen alacaklının inisiyatifine bırakılan, keyfiliğe yol açabilecek bir paraya çevirme yöntemi söz konusudur. Cebri icra faaliyetinin yürütülmesinde devletin tekeli vardır⁸²³ ve bu faaliyetin tamamının veya bir kısmının, bir başka kişiye bırakılması söz konusu olamaz. Alacaklının, borçlusunun mallarını bizzat paraya çevirerek alacağını elde etmesi mümkün değildir. Mutlaka icra dairesi vasıtasıyla borçlusu aleyhine takip yapmalı, onun mallarının satışını sağlayabilmek için mutlaka kanunun öngördüğü usule uygun hareket etmelidir. Aynı zamanda alacaklının, borçlunun rehinli mallarını dilediği zaman, dilediği fiyata satabileceği şeklindeki hüküm, tamamen keyfiliğe götürebilecek niteliktedir. Kanun, rehinli malların satışının nasıl yapılacağını göstermiştir (m.150/g). Satışın yapılması bakımından asgari bir oran da öngörmüştür. Bu hükümler emredici niteliktedir. Dolayısıyla sözleşmede yer alan bu gibi kayıtların, kanunun emredici kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz olacağını düşünüyoruz.

Bankaların hazırladığı ve genel işlem şartlarını içeren sözleşmelerde, banka ile sözleşme yapan kişinin, işvereninden aldığı maaşın ve her türlü ödemenin müşteri tarafından bankaya temlik edildiği ve bankanın müşteriye ait bu ödemeleri, müşterinin

da muvafakat ederlerse, ancak o zaman pazarlıkla satış yapılabilir (m241/II). Bir malın pazarlıkla satışına karar verilirse, iflâs idaresi, söz konusu malı dilediği fiyata satma serbestisine sahip değildir. İflas idaresi, o malı alacaklıların kararlaştırdıkları bedelden düşük olmamak şartı ile pazarlıkla satabilir (Kuru/Arslan/Yılmaz, s.649). Bunun dışında iflâs idaresi açık artırma ile yaptığı satışta hacizdeki hükümlere uygun olarak satış yapmalıdır (m.243-244). Görüleceği üzere kanun koyucu her ne kadar burada satışın icra dairesi dışında bir başka organ tarafından yapılabilmesini mümkün hale getirmiş ise de, satışın usulü bakımından yine aynı esasların uygulanması gerekliliğini öngörmüştür. Ayrıca iflâs tasfiyesinde borçlunun bütün alacaklılarının tatmin edilmesi söz konusu olduğundan ve burada alacaklıların kendi menfaatlerini daha iyi gözetebilecekleri varsayıldığından, alacaklılara pazarlıkla satış yapılmasına karar verebilme imkanı tanınmıştır. Buna karşılık icra takibinde ise, sadece takip yapan alacaklının tatmin edilmesi söz konusudur. Eğer sadece kendi yararı doğrultusunda hareket eden bu alacaklıya borçlunun mallarının (bu mallar rehinli olsa bile) satışı imkanı verilirse, alacaklı malın satış bedeline çok da önem vermeyecek, bu malın satışından alacağını elde edemezse, borçlunun bir başka malının daha satışının yapılabileceğini düşünebilecektir. Bu nedenle iflâstaki bu prensibin icra takibinde uygulanma ihtimalinin olmadığını düşünüyoruz.

⁸²³ Bkz. yuk.ş 2-C-I.

işvereninden talep ve tahsil edebileceği hükmü yer almaktadır⁸²⁴. İcra ve İflâs Kanunu'nda maaş ve ücretlerin ne oranda haczedilebileceği belirtilmiştir. Bunun üstünde bir miktarın haczedilmesi ancak haciz sırasında veya hacizden sonra borçlunun haczedilmezlikten feragat etmesiyle mümkün olabilir⁸²⁵. Kanunda yer alan haczedilmezliğe ilişkin bu hükmü dolanmak amacıyla sözleşmeye konulan böyle bir şartın geçerli olmadığını düşünüyoruz.

Bankanın ihtiyati haciz istemesi durumunda teminat gösterme yükümlülüğünü bertaraf eden ve karşı tarafın bu konudaki itirazlardan vazgeçtiğini ifade eden sözleşme maddesi de genel işlem şartları arasında yer almaktadır⁸²⁶. Kanunumuz alacaklının ihtiyati haciz talep etmesi durumunda teminat göstermesini öngörmüş, hatta bunu öngörürken de “ihtiyati haciz isteyen alacaklı ... teminat vermeğe mecburdur” şeklinde kesin bir ifade kullanmıştır (259/I). Acaba kanunun bu hükmü emredici nitelikte midir, yoksa sözleşmeyle aksi kararlaştırılabilir mi? Çoğu zaman karşı taraf dinlenilmeden ve tam bir ispat aranmadan yapılan yargılama sonunda ihtiyati hacze karar verilmektedir. Bu nedenle ihtiyati haciz dolayısıyla borçlunun zarara uğrama olasılığı yüksektir. Bunun için, kanun koyucu ihtiyati haczin haksız olması halinde borçlunun veya üçüncü kişilerin ortaya çıkabilecek zararlarına güvence olması için, alacaklının teminat göstermesi yükümlülüğünü getirmiştir⁸²⁷. Hatta kanun koyucu nitelikli belgelerden olan, ilam niteliğindeki bir belgenin (m.38) olması durumunda dahi teminat gösterme zorunluluğunu kaldırmamış, ancak bu durumda teminata gerek olup olmadığına karar verme bakımından mahkemeye bir takdir hakkı tanımıştır (m.259, III). Kanun koyucu sadece alacağın ilama bağlı olması halinde teminat aranmayacağını öngörmüştür (m.259, II). Görüleceği üzere kanun koyucu, ayırık tutmak istediği durumlar için özel

⁸²⁴ “Müşteri/üye ve/veya ek kart hamili; mevzuatın uygun gördüğü ölçüde işvereninden doğmuş ve doğacak maaş, ikramiye, temettü, kıdem tazminatı ile her ne nam altında olursa olsun tarafına ödenmesi gereken hak ve alacaklarının bankaya temlik ettiğini, temlik ettiği alacakları işvereninden talep, tahsil ve ahzu kabza bankanın yetkili olduğunu kayıtsız şartsız kabul ve beyan eder/ederler.” (Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 137, s.22; Türkiye İş Bankası Tüketici Kredi Sözleşmesi madde 11, s.4, 5); Benzer bir hüküm için bkz. Akbank T.A.Ş Kredi Kartı Sözleşmesi madde 28, s.5.

⁸²⁵ Bkz. yuk.ş 7-C-II.

⁸²⁶ “Bankanın ihtiyati haciz talebinde bulunması halinde, müşteri ve kefil/kefilleri bankanın teminat yatırmamasını kabul eder ve bu konudaki itirazlarından şimdiden vazgeçerler.” (Türkiye İş Bankası Tüketici Kredi Sözleşmesi madde 13, s.5); Benzer bir hüküm için bkz.: Denizbank Temel Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 14.13; Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. Konut Kredisi Sözleşmesi madde 17.

⁸²⁷ Özkes, s.243.

hüküm getirmiş ve teminata gerek olmadığına karar vermiş veya somut olayda teminat gerekip gerekmediğine karar vermesi için hakime yetki vermiştir. Dolayısıyla buradan, alacağın ilama veya ilam niteliğinde bir belgeye dayanmaması durumlarında, teminat alınmasının zorunlu olduğu sonucu çıkmaktadır⁸²⁸. Nitekim Yargıtay da teminat göstermenin mecburi olduğunu belirtmektedir⁸²⁹. Bu nedenle ihtiyati haciz talebinde teminat verilmesi yönündeki düzenlemenin emredici olduğu kanaatindeyiz. Hem kanunun lafzından hem de bu hükmün amacından söz konusu maddenin emredici olması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla genel işlem şartları içinde yer alan ve alacaklının ihtiyati haciz talebinde teminat gösterme zorunluluğunu bertaraf eden bu hükmün emredici kurala aykırı olması nedeniyle geçerli olmayacağını düşünüyoruz⁸³⁰.

Bir an için genel işlem şartları içinde yer alan ve borçlunun kabul ettiği varsayılan bu hükmün alacaklı ve borçlu açısından geçerli olacağı kabul edilse bile, ihtiyati haciz talep eden alacaklı yine, ama bu defa ihtiyati hacizden zarar görme olasılığı olan üçüncü kişiler için teminat göstermek zorunda olacaktır. Çünkü kanunun, verilmesini emrettiği teminat sadece borçlunun menfaatlerini korumak amacını taşımamakta, aynı zamanda uygulanacak olan ihtiyati hacizden zarar görebilecek üçüncü kişilerin menfaatlerini de korumayı amaçlamaktadır⁸³¹. Verilecek teminatın, ihtiyati haczin haksız olması durumunda borçlunun ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları zararı tazmin amaçlı olduğu kanunda açıkça ifade edilmiştir (m.259, I). İhtiyati haczin uygulanması sırasında üçüncü kişilerin menfaatlerinin zedelenmesi de olasıdır. Dolayısıyla söz konusu teminat, aynı zamanda ihtiyati hacizden zarar gören üçüncü kişilerin zararlarını da güvence altına almaktadır⁸³². Bütün bu gerekçelerle, ihtiyati haciz talep edilmesi durumunda, kanuni bir zorunluluk olan teminat verme yükümlülüğünün sözleşmeyle ortadan kaldırılamayacağını düşünüyoruz.

⁸²⁸ Ejder Yılmaz, Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, C:II, Ankara 2001, s.1109; Özekes, s.243.

⁸²⁹ “İİK’nun 259 uncu maddesinde belirtildiği üzere, ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yönden uğrayacakları bütün zararlardan mesul olduğundan HUMK’nun 96 ıncı maddesinde yazılı teminatı vermeğe mecburdur. ...” (12. HD 17.9.1963, 8678/9606 : Yılmaz, Geçici Tedbirler, s.1110).

⁸³⁰ Aynı yönde bkz.: Kaplan, s.82.

⁸³¹ Yılmaz, Geçici Tedbirler, s.1109; Özekes, s.25.

⁸³² Özekes, s.25.

Ayrıca, sözleşmede yer alan bu kayıt, teminatı belirleme yetkisine sahip olan hakimin takdir hakkına bir müdahale olarak da görülmüş ve bu nedenle de söz konusu kaydın herhangi bir geçerliliğinin olmayacağı vurgulanmıştır⁸³³.

Bu tip sözleşmelerde yer alan önemli bir hüküm de, alacaklının rehin hakkı olsa bile, öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğunun olmayacağı, alacaklının dilerse haciz veya iflâs yolu ile takibe geçebileceği hükmü yer almaktadır⁸³⁴. Yukarıda⁸³⁵ belirttiğimiz üzere, İcra ve İflâs Kanunu m.45 hükmü emredici niteliktedir. Tarafların, kanunun bu hükmünü sözleşmeyle bertaraf etmeleri, onun aksini kararlaştırmaları mümkün değildir. Dolayısıyla sözleşmede böyle bir hüküm yer alsaydı bile, sözleşmenin bu hükmü emredici kurala aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Alacaklının alacağı rehinle teminat altına alınmışsa, alacaklı öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmak zorundadır, taraflar sözleşmeyle aksini öngörmüş olsalar dahi, diğer takip yollarından birine başvuramaz.

Genel işlem şartları içinde rehne ilişkin hükümler de yer almaktadır. Rehne ilişkin bu hükümler, rehnin gelecekteki tüm borçları kapsayacağına, borçlunun ileride doğacak her türlü hak ve alacaklarının üzerinde rehin tesis edilmiş olacağı şeklinde olmaktadır⁸³⁶. Bu tür kayıtların icra hukuku açısından önemi ise, böyle bir rehin tesisinin mümkün olması halinde, alacaklının rehinli alacak sahibi olması ve bu alacak üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkı sahibi olması ve öncelikle rehne müracaat (m.45) edilmesi bakımındandır. Ancak bu tür kayıtlar Federal Mahkeme tarafından

⁸³³ Kaplan, s.82.

⁸³⁴ “Kredi, taşınır ve/veya taşınmaz rehni ile temin edilmiş olsa bile banka, alacağının muacceliyet kazanması halinde müşteriye karşı haciz yolu ile veya iflâs yolu ile takibe geçebilir.” (Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O Konut Kredisi Sözleşmesi madde 17).

⁸³⁵ Bkz. yuk. § 7-C-V.

⁸³⁶ “Üye/ek kart hamilinin bankaya karşı doğmuş ve doğacak borçlarına karşı, bankanın merkez ve tüm şubelerinde mevcut olan ve olabilecek her türlü hak ve alacakları, mevduat hesapları, döviz tevdiat hesapları, bloke hesapları üzerinde banka lehine rehin hakkı tesis etmişlerdir. ... Banka, üye/ek kart hamilinin adlarına gelmiş olan havaleleri adlarına kabule ya da kendilerinin merkez veya şubeleri aracılığıyla yapacakları havale meblağları banka lehine rehinli olmakla ihbara gerek olmaksızın dilediği borca mahsuba yetkilidir.” (HSBC Bank Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi madde 21.1, s.5). Benzer hükümler için bkz.: Türkiye İş Bankası Tüketici Kredisi Sözleşmesi madde 11, s.4; Akbank T.A.Ş. Kredi Kartı Sözleşmesi madde 40, s.6; Şekerbank Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi madde 20; Türkiye Garanti Bankası A.Ş. Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 14.1, sayfa 4; Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi madde 20, s.9; Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 136, s.22; Denizbank Bireysel Kredi Sözleşmesi madde 6, s.2.

alışılmamış kayıt⁸³⁷ olarak kabul edilmiş ve geçersiz sayılmıştır⁸³⁸. Yargıtay'ın da buna benzer alışılmamış kayıtların geçerli olamayacağı yönünde kararı vardır⁸³⁹. Dolayısıyla sözleşmeye konulan bu tür bir kayıt geçerlilik alanı bulamayacak ve alacaklı lehine rehin hakkının kurulmaması nedeniyle bu mal veya alacak üzerinde alacaklının öncelikli alım hakkı da olmayacaktır.

Bankaların hazırlamış oldukları genel işlem şartları arasında, bankanın borçlu veya kefil aleyhine takip yapması halinde, cezaevi harcı dahil bütün takip masraflarının borçluya ait olacağı şeklinde hükümlere de genellikle rastlanmaktadır⁸⁴⁰. İcra harç ve giderleri sonuçta haksız çıkan tarafa yükletilir. İcra takibi sonunda, aleyhine takip yapılan kişinin gerçekten borçlu olduğu ortaya çıkarsa icra harç ve giderleri borçluya yükletilecektir (m.59)⁸⁴¹. Ancak borçlu, alacaklının yaptığı icra takibine kendisi sebebiyet vermemişse ve ödeme emrine itiraz süresi içinde borcunu ödemişse, HUMK m.94, II kıyasen uygulanarak, icra harç ve giderlerinden sorumlu tutulmamalıdır⁸⁴². Aynı şekilde alacaklı takibi devam ettirmez veya geri alırsa, borçluyu harç ve giderlerden sorumlu tutmak mümkün değildir⁸⁴³. Kanaatimizce sözleşmelerde yer alan ve genel bir şekilde, her türlü harç ve giderlerin borçluya ait olduğu şeklindeki hükmü

⁸³⁷ Alışılmamış kayıt kavramı için bkz.: Kaplan, s.59-61.

⁸³⁸ BGE 51 II 273 vd. Aktaran: Kaplan, s.61.

⁸³⁹ 13.H.D. 7.4.1981 1045/2514. Aktaran: Kaplan, s.60.

⁸⁴⁰ “Üye/Ek kart hamili, ... işbu sözleşmeden doğan borçlarının tahsili konusunda bankanın mahkeme ve icra dairesinde yasal takibat yapması halinde bankanın bu yolda yapacağı bütün masrafları ve ana para, faiz ve sair her türlü harç ve masraflarla birlikte borcun toplam tutarı üzerinden %10 avukatlık ücretini ve bunun gider vergisi ve Katma Değer Vergisi ile icra dairesinde yapılan tahsilatta tahakkuk edecek bankaya ödemeyi peşinen kabul ve taahhüt eder.” (HSBC Bank Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi madde 24.5, s.6; benzer hükümler için bkz.: Türkiye Garanti Bankası A.Ş. bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 14.9, s.4; Şekerbank Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi madde 24.6; Denizbank Konut-Gayrimenkul Kredisi Sözleşmesi madde 15, s.5). Buna karşılık bazı sözleşmelerde genel bir ifade kullanılarak, icra takibi yapılması durumunda her türlü masrafın müşteriye ait olacağı ifadesi kullanılmıştır. Bkz.: Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde146, s.23; aynı şekilde Denizbank Bireysel Kredi Sözleşmesi, madde 15, s.4; Türkiye Vakıflar Bankası T.A.O. Konut Kredisi Sözleşmesi madde 12/b ve 20; Denizbank Konut-Gayrimenkul Kredisi Sözleşmesi madde 20, s.6.

⁸⁴¹ Üstündağ, s.70; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.82.

⁸⁴² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.83; Postacıoğlu HUMK m.94, II'nin icra takipleri için kıyasen uygulanamayacağını kabul etmektedir. Ancak borçlu alacaklısını mütemerrit duruma düşürmüş, buna rağmen alacaklı icra takibi yapmışsa, borçlu o zaman icra harç ve giderlerinden sorumlu tutulamaz. Yürürlükteki kanun açısından bunu savunan Postacıoğlu, ancak olması gereken ve yapılacak kanun bakımından, alacaklının borçlusunu icra takibinden önce temerrüde düşürmedikçe borçlunun icra masraflarından sorumluluğu olmamalıdır. Adalet mülahazaları kanunun bu şekilde değiştirilmesini haklı gösterir, şeklinde görüş belirtmektedir (Postacıoğlu, s.90).

geçerli saymak mümkün değildir. Çünkü alacaklının yaptığı takibin haksız olma ihtimali vardır, alacaklının başlattığı takibi devam ettirmeme, geri alma ihtimalleri vardır. Bütün bu durumlarda, takip harç ve giderlerini sözleşmenin karşı tarafına (takip bakımından borçlu görünen kişiye) yüklemenin hakkaniyete uygun olmadığını düşünüyoruz⁸⁴⁴. Aynı şekilde bu durum kanunun düzenlemesine de aykırıdır. Zira icra harç ve giderleri haksız çıkan tarafa yükletilir⁸⁴⁵.

2458 sayılı Cezaevleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun'a göre, alacaklıdan tahsil harcıyla birlikte bir de cezaevleri harcı alınır. Bu kanuna göre, cezaevleri harcı borçluya yükletilemez. Kanunun bu hükmünün aksine sözleşme yapılıp yapılamayacağı, yani söz konusu harcın sözleşmeyle borçluya yükletilip yükletilemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taraflar cezaevleri harcından da borçlunun sorumlu olacağı hakkında sözleşme yapabilirler⁸⁴⁶. Buna göre, her ne kadar kanunun ifadesi mutlakmış gibi görünüyorsa da, alacaklı ile borçlu yapacakları sözleşmeyle, bu harcın borçlu tarafından ödenmesini sağlayabilirler. Çünkü alacaklı ve borçlu, nasıl alacağın icra yoluyla tahsil edilmesi halinde borçlu aleyhine belirli bir cezaî şartın ödenmesini geçerli olarak kararlaştırabiliyorlarsa, aynı şekilde bu harçtan borçluyu sorumlu tutmak imkanı da vardır⁸⁴⁷.

Bu konudaki diğer görüşe göre, kanunun alacaklıdan alınmasını öngördüğü cezaevleri harcı münhasıran alacaklıya yüklenmiştir. Bu harcın sözleşmeyle borçluya yükletilmesi mümkün değildir⁸⁴⁸. Yargıtay da cezaevleri harcının sözleşmeyle dahi borçluya yükletilemeyeceğine karar vermiştir⁸⁴⁹. Kanaatimizce de cezaevleri harcının borçluya yükletilmesi mümkün değildir. Zira kanun bu konuda açık bir düzenleme getirmiş ve bu harcın alacaklıdan tahsil edilmesi gerektiğini öngörmüştür. Kanun

⁸⁴³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.83.

⁸⁴⁴ Olması gereken bakımından aynı görüş, ancak yürürlükteki kanun hükümleri çerçevesinde, bunun mümkün olmadığını belirten görüş için bkz.:Postacıoğlu, s.90.

⁸⁴⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.82.

⁸⁴⁶ Postacıoğlu, s.90; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.83.

⁸⁴⁷ Postacıoğlu, s.90.

⁸⁴⁸ Üstündağ, s.70.

⁸⁴⁹ "... 2548 sayılı Kanunun 1.maddesi cezaevi harcının alacaklıdan tahsilini öngörmüş, 2.maddesi bu harcın borçluya yükletilemeyeceği hükmünü getirmiştir. (Bu harç) mukavele ile dahi borçluya yükletilemez." 12.HD, 24.10.1983, 6187/7878 (YKD 1984/4, s.600, 601).

koyucunun bu açık düzenlemesi karşısında, taraflarca bunun aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmaması gerekir. Öte yandan, İcra ve İflâs Kanunu 15.maddesinde, icra ve iflâs harçlarının kanun tarafından belirleneceği, kanunda aksi belirtilmiş olmadıkça bütün harç ve giderlerin borçluya ait olacağı öngörülmüştür (m.15, I). Kanun koyucu ayrı bir kanunda olsa bile, harçlarla ilgili düzenlemeden saparak cezaevleri harcının alacaklıdan tahsilini ve bunun borçluya yükletilemeyeceğini öngörmüştür. Kanun koyucunun burada gereksiz bir düzenleme yapmış olması düşünülemez. Bu harcın alacaklıdan değil de, borçludan da alınabileceğini düşünmüş olsa idi, sadece bu harcın alacaklıdan alınacağı şeklinde bir hüküm getirmesi yeterli olurdu. Ayrıca bu harcın borçluya yükletilemeyeceği şeklinde bir düzenleme yapmasına gerek olmazdı. Madem kanun koyucu böyle bir hükmü ayrıca düzenleme gereği duymuştur, kanun koyucunun abesle iştilal etmesi düşünülemeyeceğine göre, bu hükmün bir amacı vardır. O da söz konusu harcın alacaklıdan alınması ve sözleşmeyle bile bunun borçluya yükletilememesidir. Dolayısıyla bu hükmün emredici olduğunu, buna aykırı sözleşme hükmünün geçersiz olacağını düşünüyoruz.

Ayrıca cezaî şart kararlaştırmanın mümkün olması, cezaevleri harcının borçluya yükletilebileceği anlamına gelmez. Bu ikisi birbirinden tamamen farklı şeylerdir. Her şeyden önce kanun, taraflara cezaî şart kararlaştırabilme konusunda izin vermiştir (BK m.158-161). Buna karşılık cezaevleri harcı bakımından kanun, tersine bir düzenleme yaparak bir yasaklama getirmiş ve alacaklı tarafından ödenmesi gereken bu harcın borçluya yükletilemeyeceği şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Dolayısıyla cezaî şartın geçerli olması cezaevleri harcının borçluya yükletilebileceği sonucunu doğurmaz.

Bazen genel işlem şartları içinde gereksiz hükümlere de rastlanmaktadır. Özellikle yetki şartından sonra, yetkisi kabul edilen bu icra dairesinin yetkili kılınmasının, kanunen yetkili olan diğer icra dairelerinin yetkisini kaldırmayacağı şeklinde hükümlere yer verilmektedir⁸⁵⁰. Esasen bu şekilde bir hükme hiç gerek yoktur. Çünkü yetki sözleşmesiyle bir yer icra dairesinin yetkili kılınması kanunen yetkili olan icra dairelerinin yetkisini kaldırmayacaktır⁸⁵¹.

⁸⁵⁰ Türkiye İş Bankası Bankacılık Hizmetleri Sözleşmesi madde 153, s.24; Türkiye İş Bankası Tüketici Kredi Sözleşmesi madde 17, s.6.

⁸⁵¹ Bkz.: yuk. § 7-C-I.

Aynı şekilde bir ipoteğin varlığı ve borcun muaccel olupta ödenmemesi durumunda alacaklının ipotekli taşınmazı İcra ve İflâs Kanunu hükümleri uyarınca sattırarak alacağını tamamen tahsile yetkili olduğunu belirten sözleşme hükmü⁸⁵² de gereksizdir. Zira alacaklının alacağını teminat altına alan bir ipotek varsa, alacaklı bu ipoteğin paraya çevrilmesini talep edebilecektir. Kanun bu konuda zaten alacaklının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmasına izin vermiş, hatta alacaklı için öncelikle rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapma zorunluluğu getirmiştir (m.45). Ayrıca kanun koyucu bu alacağı diğer alacaklardan farklı kategoride değerlendirerek rüçhanlı alacak olarak daha üstün konuma getirmiştir. Dolayısıyla sözleşmede ayrıca böyle bir hükme yer verilmesine ihtiyaç yoktur.

§ 11. İCRA SÖZLEŞMELERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A. HUKUKİ SONUÇLAR

Kişilerin uymaları gereken genel ve özel yükümlülükler vardır. Genel yükümlülükler herkese yöneliktir, objektif ve soyut olup herkesi bağlar. Buna karşılık özel yükümlülükler herkese yönelik olmayıp, sadece belirli bir veya birkaç kişiyi bağlar. Özel yükümlülükler daha çok sözleşmelerden kaynaklanmaktadır. Sözleşmeden doğan yükümlülükler alacaklı ile borçlu arasında olup, bunların ihlal edilmesi durumunda sözleşme sorumluluğu gündeme gelir. Sözleşmeden kaynaklanan ve özel bir yükümlülük olan borç, sadece borçlu tarafından ihlal edilebilir. Borca aykırılık nedeniyle borçlunun, alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin yükümlülüğüne sözleşme sorumluluğu denir⁸⁵³. Alacaklı, borçlunun kusuru nedeniyle, borcun ifa edilmemesi halinde, borçluya karşı, borcun ifa edilmemesinden doğan zarar için tazminat davası açabilir⁸⁵⁴. Borcun gereği gibi ifa edilmemesi haliyle, bağımsız bir yapmama borcunun ihlali halinde de borçlu, alacaklının uğradığı zararı tazmin etmek zorundadır⁸⁵⁵. Borcun

⁸⁵² Denizbank Konut-Gayrimenkul Kredisi Sözleşmesi madde 16, s.5.

⁸⁵³ Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes'uliyet), Ankara 1961, s.5; Eren, s.460, 461.

⁸⁵⁴ Tandoğan, s.5; Eren, s.993.

⁸⁵⁵ Tandoğan, s.405.

ifa edilmemesinde borçlunun kusurlu olması gerekir. Borçlunun kusuru yoksa borçlu sorumlu olmayacaktır⁸⁵⁶.

Borçlunun, sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülüğü ve yan yükümlülükleri vardır. Borçlu bunlara uygun hareket etmeli ve bu yükümlülüklerini ihlal etmemelidir. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi sözleşmenin ihlali anlamına gelir⁸⁵⁷.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun şartları şunlardır: Sözleşmenin ihlali, zarar, ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı ve kusurdur⁸⁵⁸. Borçlu, sözleşmeden kaynaklanan edimi hiç veya gereği gibi yerine getirmese ya da vaktinde ifada bulunmazsa, sözleşme ilişkisini ihlal etmiş olur⁸⁵⁹. Sözleşmenin ihlalinden dolayı alacaklının hukuken korunan değerlerinde, kendi iradesi olmaksızın oluşan azalmaya sözleşmeden doğan zarar denir⁸⁶⁰. Sözleşmeden doğan sorumlulukta sorumluluğun sebebi kural olarak kusurdur. Akdî anlamda kusur, borçlunun özen eksikliğini ve davranış yanlışlığını ifade eder⁸⁶¹. Zararın varlık ve miktarının ispatı alacaklıya düşer. Tazminat tutarı ise, hiçbir zaman zarar miktarını aşamaz⁸⁶².

Bu çerçevede düşünüldüğü zaman icra sözleşmeleri açısından da tazminat sorumluluğunun gündeme gelmesi mümkündür. İcra sözleşmesine aykırılığın ortaya çıkmasından sonra her ne kadar yukarıda⁸⁶³ belirttiğimiz hukukî çarelerle bunların önlenmesi mümkün ise de, bazen sözleşmeye aykırı olarak yapılan işlemler maddî zarar ortaya çıkmasına da sebebiyet verebilir. Aynı zamanda sözleşmeye aykırılığın önlenememiş olması ihtimali de her zaman söz konusu olabilir. Örneğin tarafların sözleşmeyle hacedilemezlik vasfını verdikleri bir eşya hacedilmiş ve açık artırmayla satışı da yapılmışsa ve ihaleyle mülkiyeti kazanan kişi de bu malı iyiniyetli üçüncü bir kişiye devretmişse, iyiniyetli olarak o malı satın alan kişiden bunun geri alınması mümkün olmayacaktır (TMK m.1023). İhalenin feshi iyiniyetli bu iktisabı

⁸⁵⁶ Eren, s.993; Tandoğan, s.415.

⁸⁵⁷ Eren, s.993.

⁸⁵⁸ Eren, s.1009; Tandoğan, s.415 vd.

⁸⁵⁹ Eren, s.1009.

⁸⁶⁰ Tandoğan, s.424; Eren, s.1009.

⁸⁶¹ Eren, s.1017; Tandoğan, s.415..

⁸⁶² Eren, s.1025.

⁸⁶³ Bkz. yuk. s. § 9-A-IV.

etkilemeyecektir⁸⁶⁴. Bunlar ise sözleşmenin bir tarafının, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü ihlal etmesi anlamına gelmektedir⁸⁶⁵. Bu gibi durumlarda sözleşmeyi ihlal eden kişinin tazminat sorumluluğunun olması ve söz konusu zararların tazmin edilmesi gerekir⁸⁶⁶. Özellikle icra takibinin sona ermesinden sonra artık sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için şikayet veya itiraz yoluna gidilmesi mümkün olmayacağından, sözleşmenin ihlalinden zarar gören taraf için, bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararların tazmini bakımından, tazminat davası açma imkanı olacaktır⁸⁶⁷.

Bunun dışında sözleşmeye aykırı şekilde yapılan icra takip işlemleri borçlunun malları üzerinde tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına sebebiyet vermiş, borçlu da bu mallar üzerinde tasarruf yetkisini kullanamadığı için zarara uğramış olabilir. Doğal olarak böyle bir icra önlemi nedeniyle zarar meydana gelmişse, bunun alacaklıdan talep edilebilmesi gerekir. İcra takibi sırasında sözleşmeye aykırılık nedeniyle zarar meydana geldiği durumlarda, çoğu zaman eski hale getirme de mümkün olmayacaktır. Borçlunun böyle bir imkanının olmaması nedeniyle de, borçlu ancak tazminat talebinde bulunabilecektir⁸⁶⁸. Sözleşmeye aykırılık halinde bunun giderilmesi ve aykırılığın giderilmesinin yanında diğer tarafın uğradığı zarar varsa, zararın tazmin edilmesi yükümlülüğü, tarafları sözleşmeye uygun hareket etmeye zorlayacaktır.

Sözleşmeye aykırılık durumunda, şartlar oluşmuşsa tazminat yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmekle birlikte, bunun dayanağı konusunda görüş ayrılığı vardır. Bir görüşe göre, burada maddî hukuktaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması ve bununla gerekçelendirilmesi mümkün değildir. Çünkü icra sözleşmelerine aykırılık halinde, maddî hukuktaki tazminat talebine ilişkin unsurlar buraya uygun değildir. Burada tarafların yapmış olduğu icra sözleşmesiyle eş zamanlı ama zımnî olarak yapılan maddî hukuktaki garanti sözleşmesinin varlığı kabul edilmelidir. Bu sözleşmeyle, icra sözleşmesinde belirlenen yükümlülükler garanti edilmektedir. Ancak böyle bir garantinin olması halinde karşı tarafın sözleşmeye aykırılığı halinde tazminat sorumluluğundan söz edilebilir⁸⁶⁹. Sözleşmeyi ihlal edenden,

⁸⁶⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.380.

⁸⁶⁵ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.392.

⁸⁶⁶ Bohn, Diss., s.95.

⁸⁶⁷ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.392; Schug, s.192.

⁸⁶⁸ Bohn, Diss., s.95.

⁸⁶⁹ Bohn, Diss., s.96.

diğer tarafın talebi, yerine getirme (ifa) talebi olacaktır, buna karşılık tazminat talebi olmayacaktır. Ancak bu talep her halükarda, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan karşı tarafın uğramış olduğu zararları da kapsayacak niteliktedir⁸⁷⁰.

Diğer görüşe göre ise, sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlali durumunda medenî hukukun tazminata ilişkin kuralları uygulama alanı bulacaktır⁸⁷¹. Tarafların icra sürecini etkileyebilecek sözleşme yapma imkanlarının tanınması, bu sözleşmeye aykırılık halinde meydana gelecek zararların göz ardı edilememesi, bunun tazmin edilmesi, bu zararın giderilmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Sözleşmeye aykırı şekilde icra takibi yapan veya takip içinde sözleşmeye aykırı şekilde icra takip işlemi yapılmasını sağlayan tarafın, sadece yasa tarafından kendisine tanınan hakkını kullandığı ve bu nedenle tazminat sorumluluğunun olmayacağı ileri sürülemez. Zira artık taraflar sözleşmeyle öngördükleri ve yasal olarak izin verilen çerçevedeki sözleşme hükümlerini kabul etmişlerdir. Artık sözleşme şartları kanun hükümlerinin yerini almıştır⁸⁷². Dolayısıyla taraflardan birisi yasal hakkını kullandığını ileri sürerek sözleşmeyi ihlal edemez. Şayet böyle bir ihlal olursa bunun haklılık dayanağı olmayacak, bu ihlal hukuka aykırı olacaktır. Hukuka aykırı bir davranış da, kusurlu bir şekilde işlenmişse, sorumluluğu doğuracaktır. Burada da taraflar arasında bir sözleşme olması sebebiyle sözleşmeden doğan bir sorumluluk söz konusu olacaktır⁸⁷³. Ancak sözleşmenin ihlalden zarar gören taraf, sözleşmeye aykırı davranışa engel olmak için kendisine sunulan yasal imkanları kullanmamışsa, müterafik kusurlu sayılmalıdır. Çünkü bundan zarar görecektir kişi, sözleşmeye aykırılığı ileri sürerek söz konusu zararın ortaya çıkmasına engel olabilecek durumdadır⁸⁷⁴. Sözleşmeye aykırılık halinde tazminat sorumluluğunun öngörülmesi icra sözleşmelerine uygun hareket edilmesini güvence altına almış olacaktır. İcra hukukunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm yoktur. Bunun için, sözleşmeye aykırılık halinde, maddî hukuk alanındaki sözleşmeye aykırılıkta uygulanacak tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ Bohn, Diss., s.98.

⁸⁷¹ Schug, s.193; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.392; Scherf, s.125.

⁸⁷² Mette, s.107.

⁸⁷³ Rosenberg/Gaul/Schilken, s.392; Mette, s.107.

⁸⁷⁴ Mette, s.108.

⁸⁷⁵ Mette, s.109.

Kanaatimizce de, icra sözleşmelerinin ihlal edilmesi durumunda, maddî hukukun tazminata ilişkin hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira bu konuda İcra ve İflâs Kanunu'nda bir düzenleme yoktur. Konuya ilişkin icra hukukunda bir düzenleme olmaması, sözleşmeyi ihlal edenin tazminat sorumluluğunun olmayacağı anlamına gelmez. Bu konuda uygulanabilecek en uygun hükümler Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır (BK m.96 vd.). Bu nedenle söz konusu hükümlerin, kıyasen icra sözleşmelerinin ihlali durumunda da uygulanabileceğini düşünüyoruz.

İcra ve İflâs Kanunu'nda sözleşmeye aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu düzenlenmemiş olmakla birlikte, bazı durumlarda icra takibinin sağlıklı işleyebilmesi veya haksız icra takibi yapılmasına engel olunması için tazminat yükümlülüğü öngörülmüştür⁸⁷⁶. Bunlardan birisi de ödeme emrine itiraz üzerine, itirazın giderilmesi için icra mahkemesine veya genel mahkemelere başvurulmuş olması durumunda tazminata hükmedilmesidir. Sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için itiraz yoluna gidilmiş ise, belirli koşullar çerçevesinde haksız olan tarafın tazminat⁸⁷⁷ yükümlülüğü doğabilir⁸⁷⁸. İşte sözleşmenin ihlalinden zarar gören kişi, bu nedenle uğradığı zararın tazminini bu çerçevede de isteyebilecektir. Çünkü yasal düzenlemeye göre, tazminatın miktarı yüzde kırktan aşağı olamaz (m.67, II). Bu miktarda tazminata hükmedilmesi için karşı tarafın zarar görmüş olması gerekmez⁸⁷⁹. Buna karşılık kanun, tazminatın azami miktarı için bir sınır belirlememiştir. Lehine tazminata hükmedilen taraf, uğradığı zararın yüzde kırktan daha fazla olduğunu iddia eder ve bunu ispat ederse, mahkeme yüzde kırktan fazla tazminata da hükmedebilir⁸⁸⁰. Dolayısıyla sözleşmenin ihlali durumunda itiraz yoluna gidilir ve alacaklı da itirazın giderilmesi için başvuruda bulunursa, talep edilmesi halinde sözleşmenin ihlali nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi mümkün olacaktır. Buna karşılık sözleşmenin ihlali nedeniyle şikayet yoluna

⁸⁷⁶ İlhan E. Postacıoğlu, İcra İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilaflı Noktalar, Batider 1978/12, S:4, s.951.

⁸⁷⁷ Burada sözü edilen tazminat, borçlar hukuku anlamında bir tazminat olmayıp, koşulları icra hukuku bakımından öngörülmüş ve düzenlenmiş; borçlulara karşı icra takibini daha etkili kılmak amacıyla konulmuş bir müeyyide veya cezadır. (Baki Kuru, Ödeme Emrine İtirazın İptali Davası ve İcra İnkâr Tazminatı, AD., 1961/7-8, s.684; Baki Kuru, İcra İnkâr Tazminatı, Yargıtay Yüzüncü Yıldönümü Armağanı 1968, s.728).

⁸⁷⁸ Bu tazminatın şartları için bkz.: Kuru, İnkâr, s.725 vd.; Postacıoğlu, İnkâr, s.951 vd.; Kuru, Ödeme Emri İtiraz, s.676 vd.

⁸⁷⁹ Kuru, İnkâr, s.760.

⁸⁸⁰ Kuru, İtiraz, s.693; Kuru, İnkâr, s.761.

gidilmesi gereken hallerde kanun koyucu böyle bir imkan tanımamıştır. Böyle bir imkanın tanınmamış olması sebebiyle, bu durumlarda borçlar hukukunda yer alan sözleşmeye aykırılık halinde tazminat yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin icra sözleşmeleri için de uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz.

Burada son olarak, sözleşmenin ihlalinde icra müdürünün kusurlu hareketi nedeniyle devletin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği üzerinde durmak istiyoruz. İcra müdürleri ve yardımcıları ile icra dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davaları, ancak idare aleyhine açılabilir (m.5). İcra dairesi görevlilerinin, görevini yaparken ilgililere veya üçüncü kişilere verdiği zararlar nedeniyle idareye karşı açılan tazminat davasının şartları haksız fiilden doğan tazminat davasının (BK m.41 vd.) şartlarından farklı değildir⁸⁸¹. Buna göre, icra müdürünün davranışı hukuka aykırı olmalı, müdür görevini yaparken kusurlu davranmış olmalı, ilgili kişi bir zarara uğramış olmalı ve kusurlu işlem ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı olmalıdır⁸⁸². Bu çerçevede düşünüldüğünde, tarafların yapmış olduğu sözleşme, usulüne uygun şekilde icra tutanaklarına geçirilmişse, artık icra müdürü bunu dikkate almalıdır. Dikkate almaması halinde icra müdürünün kusurundan söz edilebilecektir. Özellikle taksitle ödeme sözleşmesi icra tutanağına geçirilmiş, ama buna rağmen icra müdürü borçlunun mallarını haczetmiş veya hacizli mallarının satışını yapmış ise, icra müdürünün kusurlu davranışından söz edilebilecektir; bu durumda ise, idarenin sorumluluğuna gidilebilmelidir. Zira icra müdürü, söz konusu sözleşme icra tutanaklarına geçirilmesine ve hatta bunun altının kendisi veya yardımcısı tarafından imzalanmasına rağmen ve üstelik kanunun açık hükmü (m.78, II, m.111, I, III) böyle bir durumda icra takip işlemlerinin devam etmeyeceğini öngörmesine rağmen, haciz veya satış yapmışsa artık bu memurun kusurlu davranışından söz etmemek mümkün değildir. Diğer şartlar da gerçekleşmişse, artık böyle bir durum karşısında devletin sorumluluğuna gidilerek, sözleşmenin ihlalden zarar gören kişi zararının tazminini sağlayabilecektir. Tazminat ödemek zorunda kalan devlet ise, işlemi yapan kusurlu memura rücu edebilecektir (m.5). Ancak sözleşmenin icra tutanaklarına geçirilmemesi durumunda artık sözleşmeye aykırı icra takip işlemi yapılmış olmasından dolayı devletin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

⁸⁸¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.64; Üstündağ, s.51.

⁸⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz, s.64, 65.

B. CEZÂİ SONUÇLAR

İcra ve İflâs Kanunu'nda "cezaî hükümler" üst başlığının altında yer alan, "borçlunun ödeme şartını ihlali halinde ceza" başlığını taşıyan 340.maddesinde, taksitle ödeme şartının makul bir sebep olmaksızın ihlali halinde borçluya verilecek ceza düzenlenmiştir. İcra sözleşmeleri ile ilgili olan ve cezaî yaptırım öngören tek madde 340.maddedir. İcra ve İflâs Kanunu'nda bunun dışında sözleşmelere aykırılık nedeniyle herhangi bir ceza öngören madde yoktur.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 340.maddesi, Anayasa'nın 38.maddesine 4709 sayılı Kanunla, sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler sebebiyle kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanmasını belirli şartlar çerçevesinde yasaklayan bir hüküm eklenmesinden sonra, bazı tereddütlerin doğmasına sebep olmuştur. Söz konusu kanunla Anayasa'nın 38.maddesinin altıncı fıkrasına, "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonamaz" hükmü ilave edilmiştir. Anayasa'ya bu hükmün eklenmesinden sonra mevzuatımızdaki bazı suçların, artık suç kapsamından çıkıp çıkmadığı konusunda tereddütler yaşanmıştır⁸⁸³. İcra ve İflâs Kanunu ve konumuz bakımından tereddütlü olan ise, 340.maddede yer alan suçun, Anayasa değişikliğinden sonra suç olmaktan çıkıp çıkmadığıdır.

Burada öncelikle ikili bir ayırım yapılması gerekir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 340.maddesinde, her ne kadar her ikisinin de cezası aynı olsa bile, iki farklı suç düzenlenmiştir. Buna göre, borçlu İcra ve İflâs Kanunu madde 111'deki şartların meydana gelmesinden sonra taksitle ödemeyi taahhüt etmişse ve daha sonra taksitle ödeme taahhüdü makul bir sebep olmaksızın ihlal edilmişse, bu suç teşkil etmektedir; aynı zamanda m.111'deki şartlar oluşmamasına rağmen alacaklının rızasıyla hacizden önce veya hacizden sonra taksitle ödeme sözleşmesi yapılmışsa ve bu sözleşme yine makul bir sebep olmaksızın ihlal edilmişse, bu da suç teşkil etmektedir. Kanunun 111.maddesinde öngörülen şartların oluşmasından sonra borçlu, borcunu taksitle ödeme taahhüdünü icra dairesine bildirmişse, artık burada alacaklının rızası aranmadığı için sözleşmeden söz edilemeyecektir⁸⁸⁴. Dolayısıyla Anayasa'ya eklenen

⁸⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Metin Feyzioğlu, Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükler Nedeniyle Hürriyetin Kısıtlanması –Anayasa ve Ceza Hukukları Açısından Bir İnceleme- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa m.38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Ankara 1 Aralık 2001, s.16 vd.

⁸⁸⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: yuk. § 4.

hüküm doğrudan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirilememesini düzenlediği için, artık burada 340.maddenin bu bağlamda Anayasa'ya aykırı olduğundan söz edilemeyecek; buna bağlı olarak taksitle ödeme taahhüdünü ihlal eden borçluya, m.340'a dayanılarak hapis cezası verilmesi Anayasa'ya eklenen hükümdeki (AY m.38/6) yasak kapsamında olmayacaktır⁸⁸⁵. Çünkü burada sözleşme ilişkisi yoktur, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilememesi değil; kanundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi veya getirilememesi söz konusudur⁸⁸⁶.

Anayasa'ya yapılan eklemelerden sonra tereddütlü olan ise, 111.maddedeki şartlar oluşmamış olmasına rağmen alacaklı ve borçlu aralarında anlaşarak bir taksitle ödeme sözleşmesi yapmışlarsa, daha sonra borçlu bu sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemiş veya getirememişse, borçluya ceza verilip verilemeyeceğidir.

Bu tereddüdü gidermek için Anayasamızın 38.maddesinin 6.fıkrasına ilave edilen hükmün kaynağına bakmakta fayda vardır. Bu hükmün dayanağını, “İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye İlişkin, Bu Sözleşmede ve Bu Sözleşmeye Ek Birinci Protokolde Yer Alanlardan Başka, Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokol”ün 1.maddesinde bulmak mümkündür. 4 Numaralı Protokol’ün 1.maddesi ile Anayasamızın 38.maddesinin 6.fıkrasına ilave edilen hüküm birbirinin aynısıdır⁸⁸⁷. Buna benzer hükümler değişik uluslar arası anlaşmalarda da benzer şekilde ifade edilmiştir⁸⁸⁸.

⁸⁸⁵ Feyzioğlu, s.31.

⁸⁸⁶ “... İY.nın 111.maddesine göre; borçlunun, yeterli miktarda malının haczedilmiş olması, satış talebinden önce borcunu muntazam taksitlerle ödemeyi taahhüt etmesi ve birinci taksiti derhal yatırması, her taksidin borcun dörtte bir miktarından aşağı olmaması, taksitlerin aydan aya olup sürenin üç ayı aşmaması halinde icra işlemi durur ve aynı yasanının 106.maddesinde belirtilen satış isteme süreleri işlemez. Bu maddeye göre kararlaştırılan ödeme taahhüdünde alacaklının onayına gerek bulunmayıp, borçlunun bu hakkı Yasadan kaynaklandığından, uygulamada ‘yasal taksit hakkı’ olarak da adlandırılmaktadır. Belirtilen bu ödeme şartı, sözleşmeden değil Yasadan kaynaklandığından, borçlunun ödeme şartını ihlali halinde özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılması, Anayasa’nın 38.maddesine 4709 sayılı Yasa ile eklenen 9.fıkradaki kurala aykırılık oluşturmaz...”. (CGK 29.1.2002 17.HD.-295/14, YKD 2002/8, s.1244).

⁸⁸⁷ Ejder Yılmaz, “Borçlunun Sözleşmeden Doğan Yükümlülüğünü Yerine Getirememesi”ne İlişkin Anayasa Hükmü ve İcra İflâs Suçları, Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, İstanbul 2003, s.493; Feyzioğlu, s.17.

⁸⁸⁸ Bu konuda bkz.: Yılmaz, İcra İflas Suçları, s.493; Tekin Akıllıoğlu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Ek 4 Nolu Protokol 1.Maddeye Göre “Borç için Hapis Yasağı” Kuralı, Avrupa İnsan

Anayasa’da öngörülen bu yasağın şartları iki tanedir: yükümlülük bir sözleşmeden kaynaklanmalıdır ve yükümlülük yerine getirilememiş olmalıdır⁸⁸⁹. Anayasa’ya eklenen hükme göre, sözleşmeden doğan yükümlülük yerine getirilememiş ise, kişinin özgürlüğünden alıkonması mümkün olmayacaktır. Burada “yerine getirmemeden” değil, açıkça “yerine getirememeden” söz edilmiştir. Yerine getirememe, borçlunun kendi isteğinin dışında kalan bir durumu ifade eder⁸⁹⁰. Kişinin istemediği halde yapma gücünü elde edememesi anlamına gelir⁸⁹¹. Yerine getirememe, kişinin maddî durumunun elverişsizliğini ifade etmektedir. Buna göre, yükümlülüğünü yerine getiremeyen borçlu, iyiniyetli olmalıdır. İmkânı olmasına rağmen yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlu, iyiniyetli sayılamaz ve bu kapsamda değerlendirilemez⁸⁹². Anayasa tarafından koruma altına alınan borçlu, yükümlülüğü yerine getirmek istemekte, ancak elinde olmayan sebeplerle bunu gerçekleştirememektedir. Bu hüküm iyiniyetli olan ve kendisinin elinde olmayan nedenlerle borcunu yerine getiremeyen borçlunun artık özgürlüğüne dokunulmamasını amaçlamaktadır⁸⁹³.

Bu esasları dikkate alarak değerlendirdiğimizde, m.111’deki şartlar oluşmamış olmasına rağmen alacaklı ve borçlunun gerek hacizden önce gerekse hacizden sonraki bir dönemde taksitle ödemeyi kararlaştırmış olmalarını değerlendirdiğimizde, öncelikle burada bir sözleşme olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur⁸⁹⁴. Dolayısıyla borçlu böyle bir durumda yükümlülüğünü yerine getirmezse, bu, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi olacaktır⁸⁹⁵. O zaman m.340’ta yer alan taksitle ödeme sözleşmesi açısından Anayasa’ya aykırılık olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bunun için, sözü edilen suçun oluşup oluşmaması bakımından ikinci ölçüte bakmak gerekir. İkinci ölçüt, sözleşmeden doğan yükümlülüğün borçlu tarafından, kendisinin iyiniyetli olmasına rağmen, yerine getirilememiş olmasıdır. Anayasa’daki bu

Hakları Sözleşmesi ve Anayasa m.38 f.8 Açısından Ödenmeyen Para Borçlarında Yaptırımlar Sempozyumu, Ankara 1 Aralık 2001, s.3, 4.

⁸⁸⁹ Feyzioğlu, s.18.

⁸⁹⁰ CGK 25.9.2001 8-151/169, YKD 2002/8, s.1245.

⁸⁹¹ Yılmaz, İcra İflâs Suçları, s.494.

⁸⁹² Feyzioğlu, s.18.

⁸⁹³ Yılmaz, İcra İflâs Suçları, s.494.

⁸⁹⁴ Bu konuda bkz. yuk. § 6-C-I ve II.

⁸⁹⁵ Feyzioğlu, s.32.

düzenlemeye paralel şekilde, İcra ve İflâs Kanunu'nun 340.maddesinde, borçlunun ödeme şartını (taksitle ödeme sözleşmesini) “makul bir sebep olmaksızın ihlal” etmesinden söz edilmiştir. Bu maddede sözü edilen “makul sebep”, borçlunun taksitle ödeme sözleşmesiyle, ödemeyi taahhüt ettiği miktarın zamanında ödenmesini imkansız hale getiren beklenmeyen durumlar olarak anlaşılmalıdır. Böyle bir makul sebeple ödeme yapılamamışsa, artık buna bağlı olarak kusurluluk ve suç ortadan kalkacaktır⁸⁹⁶. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen bu suçun cezası, hafif haptir (m.340). Hafif hapis cezası ise, kabahat suçlarına mahsus bir cezadır. Bunun için söz konusu suç kabahat suçudur. Kabahat suçlarında kural, kanun tarafından aksinin öngörülmemesi halinde, taksirli sorumluluktur⁸⁹⁷. Bütün bunlar da göstermektedir ki, m.340'ta tanımlanan suçun oluşması için borçlunun kusurlu olarak sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekir. Buna karşılık borçlu, elinde olmayan sebeplerle, kusuru olmaksızın, yükümlülüğünü yerine getirememişse, hem m.340'ta yer alan “makul sebep” hem de Anayasa m.38/6'da yer alan “yerine getirememe” kavramından hareketle, artık borçluya ceza verilmesi mümkün değildir⁸⁹⁸. Burada artık m.340'ta yer alan sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine getirmeyenler için cezai yaptırımın uygulanması mümkündür. Bu, Anayasa'nın 38.maddesinin 6.fıkrasında yer alan koruma hükmüne de aykırılık oluşturmayacaktır⁸⁹⁹. Zira burada Anayasa hükmü iyiniyetli borçluları korumakta, borcunu keyfi olarak yerine getirmeyen borçluları korumamaktadır. Dolayısıyla borcunu yerine getirme imkanı olduğu halde, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçlular Anayasa'nın söz konusu koruyucu hükmünden yararlanamayacaklardır⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Feyzioğlu, s.32.

⁸⁹⁷ Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku, Ankara 1998, s.118; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.314.

⁸⁹⁸ “... Anayasanın açık hükmü karşısında yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyen kişilere yaptırım olarak hürriyeti bağlayıcı ceza verilmesi mümkün değildir. Sanığa İİK'na aykırı davranışı nedeni ile hürriyeti bağlayıcı ceza tayin ve takdir edilmiştir. Şikayetçi ile sanık arasındaki temel ilişki sözleşme hukukundan kaynaklanmaktadır. ... Anayasanın 38.maddesi hükmündeki yerine getirememe ibaresinin İİK'nun 340.maddesindeki ‘makul bir sebep olmaksızın’ ibaresinden daha geniş bir anlam içerdiğinden sanığın taahhüdünü yerine getirememe nedeninin araştırılması gerekirken araştırılmaması bozmayı gerektirmiş(tir)...” (7.HD 14.2.2002 7537/1100: YKD 2002/4, s.554, 555).

⁸⁹⁹ Yılmaz, İcra İflâs Suçları, s.499.

⁹⁰⁰ Akıllıoğlu, s.7; Feyzioğlu, s.32.

Acaba “sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememe” ya da “makul bir sebep” ifadesinden ne anlaşılması gerekir? Öncelikle burada borçlunun iyiniyetli olmasına rağmen ödeme yapamaması gerekir; yani borçlunun iyiniyetli olması gerekir. Borçlu hileyle veya kötü niyetle hareket ederek, sonradan borcunu ödeyemeyecek duruma gelse bile Anayasa’da yer alan korumadan yararlanamayacaktır⁹⁰¹. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’ne bağlı olarak çalışan Uzmanlar Komitesi’nin bu hükme (4 Numaralı Protokol’ün 1.maddesi; bizdeki AY m.38, VI) ilişkin olarak görüşleri ve verdiği örnekler şöyledir: Eğer sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesinde, buna ek olarak başka bir unsur varsa, hürriyetten yoksun bırakılma yasaklanmamıştır. Örneğin borçlunun kötüniyetle veya dolandırıcılık amacıyla davranması; sebebi ne olursa olsun kişinin kasten borcunu ödemeyi reddetmesi; yükümlülüğün yerine getirilememesinin ihmalden kaynaklanması. Örneğin Âkit Devletlerden birinin hukuku, aşağıdaki hallerde faali hürriyetinden yoksun bırakıyorsa, ilgili hukuk kuralı söz konusu maddeyi ihlal etmiş olmayacaktır. Bir kimse ödeyemeyeceğini bildiği halde, lokantaya girip yemek sipariş etmiş ve karşılığını ödemediği ayrılışı; borçlu yaptığı sözleşmeye göre, orduya mal sağlaması gerekirken, ihmali sonucunda bu yükümlülüğünü yerine getirmemişse; bir kişi yükümlülüklerini yerine getirmemek üzere ülkeyi terk etmeye hazırlanıyorsa, bu durumlarda kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması birinci maddeyi ihlal etmiş olmayacaktır⁹⁰². Görüleceği üzere, borçlunun sadece kast ve kusuru ile değil, ihmal sonucu dahi olsa yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde artık koruma kapsamının dışına çıkmaktadır⁹⁰³.

Taksitle ödeme sözleşmesi, borçlu tarafından kusurlu olarak ihlal edilmişse, yani borçlu bu sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemişse, artık koruma kapsamında değerlendirilemez. Bu kişiye 340.maddede yer alan cezanın verilmesi Anayasa’ya aykırı olmayacaktır. Ancak borçlu kendi kusuru olmaksızın, örneğin ağır hastalığı veya ekonomik buhran nedeniyle borçlunun işlerinin daha kötüye gitmesi ve borçlunun ödeme güçlüğüne düşmesi gibi hallerde, borçlunun kusurlu olmasından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla bu hallerin “sözleşmeden doğan yükümlülüğün yerine

⁹⁰¹ Akıllıoğlu, s.7.

⁹⁰² Feyzioğlu, s.18, 19, dn.10.

⁹⁰³ Akıllıoğlu, s.7.

getirilememesi” veya “makul bir sebep” olarak değerlendirilmesi gerekir; bunun için artık borçluya ceza verilmemelidir⁹⁰⁴.

Son olarak İcra ve İflâs Kanunu m.340'ta düzenlenen suçun oluşması için gerekli şartları şöyle belirleyebiliriz. Taksitle ödeme sözleşmesinde taksit miktarlarının ve ödeme tarihlerinin açık bir şekilde belirlenmiş olması gerekir. Taksit miktarları⁹⁰⁵ ve ödeme tarihleri belirlenmemiş ise borçlunun m.340'a göre cezalandırılması mümkün değildir⁹⁰⁶. Taksitle ödeme sözleşmesinde taksit tarihleri açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte, taksit tarihleri sözleşmeden anlaşılabilirse, borçlunun buna aykırı davranması halinde yine cezalandırılması mümkündür⁹⁰⁷. Ayrıca bu suç, takibi şikayete bağlı bir suçtur (m.340). Borcunu makul bir sebep olmaksızın yerine getirmeyen borçluya ceza verilebilmesi için alacaklının şikayeti olmalıdır. Alacaklının şikayeti üzerine bu konuyu inceleme yetkisi ceza mahkemelerine değil, icra mahkemesine verilmiştir. İcra mahkemesi borçluyu bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırabilecektir (m.340). Ayrıca İcra ve İflâs Kanunu'na göre verilen cezalar tecil edilemez (m.352/b). Ancak 1.Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecek olan Türk Ceza Kanunu, İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen cezalara ilişkin bazı hükümlerin yürürlükten kalkmasına sebep olacaktır. Zira yürürlüğe girecek olan TCK'nun özel kanunlarla ilişki başlığını taşıyan 5.maddesi: “Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır.” hükmüne yer vermiştir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, TCK'nun genel hükümleri arasında yer alan hapis cezasının ertelenmesine ilişkin olan 51.maddesi İİK'da düzenlenen cezalar için de uygulanacaktır. Bu maddeye göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Konumuzu ilgilendiren ve İİK 340.maddede düzenlenen suçun cezası da bir aydan üç aya kadar hafif hapis cezası olduğundan, artık

⁹⁰⁴ “... Maddede (m.340) ‘makul bir sebep olmaksızın’ ödeme şartını ihlal eden borçlunun cezalandırılacağı öngörülmekte, postaya gününden önce verilen taksidin icra dosyasına gecikerek girmesi, hastalık, yangın, su baskını ve deprem gibi olağanüstü olaylar nedeniyle taahhüdün yerine getirilememesi gibi haller uygulamada haklı neden olarak kabul edilmekte(dir)...” (CGK 22.1.2002 17-294/1: YKD 2002/3, s.456).

⁹⁰⁵ “... İcra tutanağında yapılan ödeme taahhüdünde borç miktarının açıkça gösterilmemesi nedeniyle taahhüdün hukuken geçerli olmadığı böylece atılı suçun oluşmadığı...” (17.HD 20.9.2001 7460/6886: YKD 2002/1, s.85).

⁹⁰⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.339.

⁹⁰⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s.340.

1.Nisan 2005 tarihinden itibaren 352.maddenin tecile ilişkin hükmü yürürlükten kalkmış olacaktır. Bu düzenleme cebri icrayı etkili kılmak için düzenlenen ve İİK'da yer verilen icra suçlarını, istenen amaca ulaşmaktan uzaklaştıracaktır. İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen cezaların amacı, borçluyu, yerine getirmekten kaçındığı borcunu, ifa etmeye zorlamaktır⁹⁰⁸. Nitekim kanunun 16.babında (m.331-m.354) yazılı olan ve takibi şikayete bağlı olan suçlarda, borcun ödendiği sabit olursa, dava ve bütün sonuçlarıyla ceza düşecektir (m.354). Bu nedenle, böyle bir düzenlemenin getirilmiş olması, isabetli bir yaklaşım olmamıştır. Nitekim buna benzer bir durum, Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun'un 4.maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik sonucu ortaya çıkmış ve bu konudaki yanlışlık anlaşılmış ve uygulama 3222 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle ortadan kaldırılmıştır. Böyle bir düzenleme, kötü niyetli borçluların da cezalarının ertelenmesine sebebiyet verebilecek ve dolayısıyla kötü niyetli borçlularla etkin bir şekilde mücadele amacıyla getirilmiş olan bu hüküm ortadan kaldırılmış olacaktır. Az önce belittğimiz üzere, Anayasa'ya eklenen hükümden sonra, zaten 340.maddede yer alan cezanın iyiniyetli borçlular için, yani kendi kusuru olmaksızın borcunu ödeyemeyen borçlular için, uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla söz konusu cezanın ertelenebilir olmasından artık kötü niyetli borçlular yararlanacaktır.

Ayrıca yürürlüğe girecek olan TCK, icra suçlarıyla ilgili şikayete ilişkin süreyi de değiştirecektir. Zira yine TCK'nun genel hükümleri içinde yer alan 73.maddesine göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Oysa İİK'da düzenlenen ve icra mahkemesi önünde görülen takibi şikayete bağlı suçlar bakımından, şikayet süresi, suçun varlığının öğrenilmesinden itibaren üç ay ve herhalde vukuundan itibaren bir senedir. Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra artık bu süre de değişecektir.

⁹⁰⁸ Üstündağ, s.507.

SONUÇ

İcra sözleşmeleri konulu bu çalışmamızın birinci bölümünde, öncelikle “icra sözleşmesi”nden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durduk. Daha sonra, tarafların böyle bir sözleşme yapmakta ne gibi ekonomik gerekçeleri olabileceğini inceledik. Çünkü bu sözleşmeler, taraflardan birinin, kendisine yasal olarak sunulmuş olanaklardan vazgeçmesi veya bu olanakları kısıtlaması anlamına gelmektedir. Bunun sonucunda, bazen böyle bir sözleşme yapmanın hem borçlunun hem de alacaklının yararına olabileceğini belirledik.

Konunun önemli noktalarından birisi, icra hukukunda sözleşme özgürlüğünün yeri ve bunun sınırı olmuştur. Bu gün kabul edilen anlayışa göre, sözleşme kurumu sadece özel hukuka ait bir kurum değildir; bu nedenle icra hukuku da sözleşme kurumuna yabancı değildir. İcra sözleşmelerinin sınırlandırılması bakımından ise, özellikle emredici norm üzerinde durduk. Emredici normun ise, kamu düzeni kaygısıyla konulmuş emredici normlar veya taraflardan birisini koruma amaçlı öngörülen emredici normlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların incelenmesinden önce ise, işaret edilen konuların incelenmesinde önemli olan bazı konular ele alınmıştır. Öncelikle icra hukukunun kamu hukuku karakterli mi yoksa özel hukuk karakterli mi olduğu üzerinde durduk. Bunun sonucunda, icra faaliyetinin yürütülmesi sırasında cebri icra organlarının kamusal otoriteye dayanarak yapmış olduğu faaliyetlerin özel hukuk düşüncesiyle açıklanamayacağı, bu nedenle icra hukukunun kamu hukukuna dahil olduğu sonucuna vardık.

İcra hukukunun amacının tek bir amaç olmadığını, icra hukukunun kümülatif amacı olduğunu tespit ettik. Buna göre, icra hukuku bir taraftan alacaklının alacağına kavuşmasına hizmet ederken, diğer taraftan da, hakkı ihlal edilenlerin haklarına kavuşmasını sağladığı için, toplumsal düzenin korunmasına da hizmet etmiş olacaktır.

İcra hukukuna egemen olan ilkeler üzerinde de ayrıca durduk. İlkeler konusunu incelerken, icra hukukunda, medeni usul hukuku gibi, genel kabul gören bir ilkeler demetinin daha henüz oluşturulmadığını gördük. Ancak genel olarak kabul edilen, cebri icra tekeli, ölçülülük, tasarruf, dürüstlük ve uygunluk ilkeleri üzerinde durup, bunların icra hukukunda ne anlam ifade ettiğini belirledik.

Yaptığımız çalışma bakımından önemli olması nedeniyle, son olarak, icra takibinin başlamasından sonra, ortaya çıkan icra hukuku ilişkileri üzerinde durduk. Burada ise, icra takibinin başlamasından sonra üçlü bir ilişkinin ortaya çıktığını gördük. Bu ilişki de, alacaklı-devlet, borçlu-devlet, alacaklı-borçlu ilişkisidir.

Birinci bölümün son konusu, icra sözleşmelerinin hukukî niteliğinin belirlenmesi olmuştur. Öncelikle, hukuki niteliğin belirlenmesi konusunda ileri sürülen görüşler üzerinde durduk. Bu konuda en isabetli ve sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesinde en belirleyici olanın sözleşmenin asıl etkilerini doğurduğu alanın esas alınması kriteri olduğu sonucuna vardık. Buna göre, icra sözleşmeleri asıl etkilerini icra hukuku alanında doğurduğu için, bu sözleşmeler, icra hukukuna has sözleşmelerdir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, öncelikle İcra ve İflâs Kanunu'nda yer alan sözleşme ve sözleşmeyle ilişkili kavramlar üzerinde durduk. Bundan sonra kanunun 111.maddesinde yer alan, kanunun ifadesiyle “borcun taksitlendirilmesi için yapılan sözleşme”nin, kanunda sehven sözleşme olarak nitelendirildiğini ve bunun sözleşme olmadığını ortaya koyduk. Daha sonra sözleşme tipleri üzerinde durduk. Bunu yaparken, öncelikle icra sözleşmelerini, icrayı daraltan, genişleten ve engelleyen sözleşmeler şeklinde ayırdık. Ayrıca her bir sözleşmenin ne anlama geldiği ve bunların geçerliliği üzerinde durduk. Özellikle icrayı genişleten sözleşmeler konusunda tereddütlü, hatta bu sözleşmeleri reddetme görüşleri olduğunu, ancak buna rağmen icrayı genişleten sözleşmeleri tamamen geçersiz saymanın mümkün olmadığı sonucuna vardık. İcra sözleşmelerini incelerken 45.madde üzerinde de durma imkanımız oldu. Öncelikle bu maddenin iddia edildiği gibi, bir maddî hukuk normu değil, tipik bir takip hukuku normu olduğu sonucuna vardık. Bunun yanı sıra, söz konusu maddenin emredici nitelikte olduğu ve buna aykırı sözleşme yapılamayacağı kanaatine ulaştık. Ayrıca sözleşme türlerine bazı örnekler de vererek bunları da inceledik.

Üçüncü ve son bölümde ise, icra sözleşmelerinin kuruluşu, şekli, sözleşmelere aykırılığın ileri sürülmesi ve bu sözleşmelerin taahhüt veya tasarruf etkili olması konusunu ele aldık. İcra sözleşmelerine aykırılığın ileri sürülmesi bakımından genel geçer bir ilkenin belirlenemeyeceğini, ancak somut olaya göre, itiraz veya şikayet yoluna başvurulması gerektiğini belirledik. Daha sonra icra sözleşmelerinin hem taahhüt hem de tasarruf etkili olabileceği sonucuna ulaştık.

Günümüzün önemli sorunlarından birisi olan genel işlem şartları konusunun icra sözleşmeleri bakımından arz ettiği özelliklere de kısaca değinme fırsatımız oldu. Bu çerçevede, genel işlem şartları içinde icra hukukunu ilgilendiren önemli kayıtların olduğunu ve bunların genellikle sözleşmenin güçlü tarafı ve aynı zamanda genel işlem şartlarını hazırlayan tarafın, bu hükümleri her zaman kendi lehine olacak şekilde hazırlama amacıyla olduğunu, bazen de sözleşmeye, kanunun emredici kurallarına aykırı şekilde hükümler konulduğunu gördük.

Son olarak icra sözleşmelerinin ihlal edilmesi durumunda, sözleşmeye aykırı davranan kişinin hukukî ve cezaî sorumluluğu üzerinde durduk. Buna göre, sözleşmeye aykırılık halinde, karşı tarafın buna engel olmak için başvurabileceği hukukî çarelerin yanında, sözleşmeye aykırı davranan kişinin tazminat sorumluluğunun da olabileceğini tespit ettik. Ayrıca taraflar taksitle ödeme sözleşmesi yapmışlarsa, bunun ihlali durumunda, sözleşmeyi ihlal edenin cezaî sorumluluğunun da olabileceğini belirledik. Aynı zamanda bu cezaî yaptırımın, kural olarak Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna vardık.

ZUSAMMENFASSUNG

Wir haben uns in dieser Arbeit mit dem Thema über Vollstreckungsverträge beschäftigt. Diese Arbeit gliedert sich in drei Abschnitte. Zuerst haben wir den Begriff des Vollstreckungsvertrags definiert.

Die Rechtsnatur der vollstreckungsrechtlichen Verträge richtet sich nach ihrer Wirkung. Diese Verträge zeigen ihre Wirkungen auf vollstreckungsrechtlichem Gebiet. Deswegen sind sie vollstreckungsrechtliche Natur.

Es ist wichtiger Punkt der Arbeit, ob im Zwangsvollstreckungsrecht auch die Privatautonomie zulaessig ist. Wir haben festgestellt, dass der Begriff des Vertrags und die Privatautonomie gemeinsame Begriffe von Rechts. Denn im Prinzip gilt im Zwangsvollstreckungsrecht Dispositionsmaxime. Die Dispositionsmaxime besagt in der Zwangsvollstreckung, dass die Parteien des Vollstreckungsverfahrens. Gläubiger und Schuldner, im Rahmen der Rechtsordnung über Anfang, Durchführung und Ende des Verfahrens verfügen (disponieren) können. Daher können die Parteien sowohl vertraglich als auch einseitig Einfluss auf das Verfahren nehmen.

Im zweiten Abschnitt haben wir einige Vollstreckungsverträge erforscht. Es gibt dabei verschiedene Vollstreckungsvertragstypen. Sie sind Vollstreckungserweiternde, Vollstreckungsbeschränkende und Vollstreckungsausschliessende Verträge. Vollstreckungserweiternde Verträge, die eine Erweiterung der Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers über die gesetzlichen Grenzen hinaus zum Gegenstand haben, haben früher allgemein auf Ablehnung gestossen. Aber heute sind sie nach herrschender Meinung zulaessig.

Vollstreckungsbeschränkende Verträge, die die Vollstreckungsbefugnis des Gläubigers umfaeglich oder gegenstaendlich beschränken, sind nach fast einhelliger Meinung zulaessig.

Vollstreckungsausschliessende Verträge, die die Befugnis des Gläubigers ganz oder zeitweise ausschliessen, werden überwiegend im Interesse des Vollstreckungsschuldners geschlossen.

Im letzten Abschnitt haben wir Rechtsbehelfe erforscht, wenn der Vollstreckungsvertrag verletzt ist. Dafür gibt es zwei Möglichkeiten: Im konkreten Fall kann es Beschwerde oder Vollstreckungsgegenklage sein.